

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Jorge CAFFARE-
NA LAPORTA, Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH, Gabriel
GARCIA CANTERO y Angel LUCINI CASALES.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

1. *Derecho navarro. Irretroactividad del mejoramiento de 1975.*—Aunque el contrato de fianza discutido se convino en 1969, antes pues de la promulgación de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, de 1973, ha de regirse por ésta, conforme a su norma general de retroactividad expresa (disposición transitoria primera), pero no sucede lo mismo con el Decreto-Ley 19/1975, de 26 de diciembre, que no contiene norma alguna de retroactividad, por lo que rige el precepto supletorio del artículo 2, párrafo 3, del Código civil, que proclama la regla general de irretroactividad.

Vigencia del principio de irretroactividad de las leyes.—Las situaciones jurídicas creadas al amparo de una norma no pueden ser alteradas sin que el legislador dé expresamente efecto retroactivo a la disposición, por la necesidad de respetar los derechos adquiridos, criterio corroborado por las dos primeras disposiciones transitorias del Código civil.

Objeto del recurso de casación. Resolución que se impugna.—La resolución recurrida en casación es la dictada por la Audiencia Territorial en segunda instancia, no la recaída en la primera, no siendo susceptibles de impugnación en casación los razonamientos contenidos en la de primer grado, a menos que hayan sido expresamente aceptados por la recurrida y siempre que tengan repercusión en el fallo.

Contrato de fianza. Carácter abstracto.—La relación deudor-fiador constituye el negocio causal de la fianza y agota sus efectos entre dichas partes, actuando la fianza en la relación fiador-acreedor de un modo autónomo, independiente de la causa, por lo que puede calificarse como obligación abstracta. Esta relación de garantía tiene una propia causa, aunque no se exprese, consistente en la ampliación de las facultades del acreedor, con el consiguiente aumento de seguridad, propio de toda garantía. (Sentencia de 19 de octubre de 1982; no ha lugar.)

2. *Buena fe en el ejercicio del Derecho.*—«Tanto la contradicción con los propios actos, como el retraso desleal, vulneran las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, lo que determina que el ejercicio del derecho se torne inadmisibles, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico, al amparo del párrafo primero del art. 7 del Código civil.»

Actos propios. Condonación de deuda.—La falta de reclamación por el demandado hasta el 26 de mayo de 1978 de sus honorarios, por servicios profesionales que, como médico había prestado al actor entre 10 enero 1966 y 25 mayo 1975, denota, por el dilatado período de tiempo, un acto propio que ponía de manifiesto la inequívoca voluntad de condonarlos, engendrando fundadamente en el deudor la creencia de que tal condonación se había efectuado, razonable creencia que motivó hiciera una importante bonificación de lo que, a su vez, le era debido por la ejecución de la obra de la que era dueño el médico demandado.

Retraso desleal.—Actúa con «retraso desleal» en el ejercicio de su derecho el referido demandado, retraso que se pone de manifiesto por la circunstancia de que no reclama lo que entendía le era debido hasta el 26 de mayo de 1978, cuando ya el actor le había presentado liquidación del importe de la obra con las bonificaciones señaladas.

Compensación de deuda.—No siendo «exigible» el crédito del demandado por sus honorarios profesionales, porque ello iría en contra de la buena fe, no procede su compensación con el que en este procedimiento reclama el actor, fundado en la ejecución de una obra para aquél. (Sentencia de 21 de mayo de 1982; ha lugar.)

3. *Negocio fiduciario. Caracterización de la venta en garantía.*—La venta en garantía produce los efectos determinados en el pacto de fiducia respecto a la titularidad del fiduciario, sin que pueda tildarse de contrato ficticio o de relativamente simulado.

Contenido de la titularidad fiduciaria.—La titularidad fiduciaria o propiedad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido, debiendo observarse por el fiduciante su obligación de respetar y mantener la situación anómala creada, lo que determina la validez entre las partes de la venta en garantía, en cuanto elemento determinante de la concesión del préstamo, cuya extinción por pago arrastrará la titularidad del fiduciario, pero en tanto no se produzca el cumplimiento, le asistirá un «ius» o «titulus retinendi», que no permite que se le imponga la restitución.

Calificación judicial de los contratos.—El órgano jurisdiccional puede, aplicando la regla «iura novit curia», decidir atendiendo al contenido real del contrato y al propósito de los otorgantes, valorando las contrapuestas apreciaciones y las pruebas practicadas y prescindiendo de la denominación empleada por las partes. (Sentencia de 2 de junio de 1982; no ha lugar.)

4. *Expresión de causa falsa en el contrato. Operación real disimulada.*—El contrato de compraventa del piso a que se refiere el litigio contiene una causa falsa, determinante de su nulidad, cual es que la titularidad del mismo corresponde por mitad a los contendientes, pues de los hechos probados resulta que lo cierto es que fue adquirido por su madre y pagado su precio por la misma, sin que el actor haya realizado ningún acto de dominio o de

condominio. En consecuencia, en dicho contrato se produjo una ficción, a cuya virtud, por la interposición de una tercera persona, se ha disimulado otro aspecto contractual, y por ello, al no ser el demandante titular dominical del piso, mal podía pedir su división y venta en pública subasta, al surtir sus efectos la real operación de compra disimulada, es decir, el acceso a la propiedad de la madre de los litigantes. (Sentencia de 26 de diciembre de 1981; ha lugar.)

Hechos.—El piso a que se refiere el litigio fue adquirido en 1958, mediante contrato de compraventa formalizado en escritura pública e intervinendo en ella como adquirentes los dos hermanos que son partes en el pleito. El primero de ellos, que contaba entonces con veintidós años, compareció por sí, mientras que el segundo, que tenía diecisiete años, fue representado por su madre, titular de la patria potestad, al encontrarse el padre incapacitado; ambos carecían de bienes propios para realizar la adquisición. Dicho piso se encontraba ocupado por los padres en arrendamiento y continuó después como hogar familiar.

El hijo menor, que había abandonado hacía tiempo el piso, al trasladar su residencia, ejercitó la acción de división de la comunidad, siendo acogida su pretensión por el Juez de primera instancia, cuyo fallo fue confirmado en apelación.

NOTA.—La aplicación de la figura de la simulación a supuestos como el presente no plantea especiales dificultades. Son numerosos los casos en que el Tribunal Supremo ha examinado la «puesta a nombre de otro», declarando la validez de la situación real disimulada. Véase, en este sentido, el párrafo con tal título que dedica F. de Castro, en «El negocio jurídico», Madrid, 1971, pág. 343, a esta figura, al tratar de la simulación y citando las Sentencias de 5 de octubre de 1957 y 13 de noviembre de 1958, especialmente. No obstante, llama la atención que el Alto Tribunal no dedique mayor tratamiento al negocio ocultado, que en el presente caso sería la donación a los hijos del piso adquirido por su madre. Tal donación, claro está, sería nula por carecer de la forma requerida por el artículo 633 del Código civil. En relación con los problemas probatorios que acarrea la simulación, puede verse la obra de L. Muñoz Sabaté, «La prueba de la simulación) semiótica de los negocios jurídicos simulados), Barcelona, 1972. De los múltiples indicios que se exponen en dicha obra interesan aquí la «affectio», la dominancia y la subyacencia (págs. 243, 393 y 396), que parecen concurrir en este caso.

P. E. A.

2. Derecho de la persona

5. *Capacidad procesal del Patronato de Casas del Ramo del Aire. Requisitos reglamentarios.*—El Patronato citado es un organismo autónomo de la Administración del Estado, dependiente del Ministerio del Aire (hoy Defensa), que tiene personalidad jurídica y plena capacidad; pero para que dicho Patronato pudiera ejercitar en juicio las acciones que ha deducido se requería que mediara previo acuerdo de su Consejo Directivo, al ser competente para «reclamar en juicio o fuera de él, ante los Tribunales,

derechos y acciones pertenecientes al Patronato» (art. 17 de su Reglamento Orgánico aprobado por Decreto de 29 de octubre de 1970). Como no ha mediado tal acuerdo, en el presente caso, el referido Patronato carece de capacidad para comparecer en este juicio, siendo correcta la apreciación de la excepción segunda del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 12 de junio de 1982; no ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

6. *Dación en pago. Impugnación por excesiva onerosidad y situación de inferioridad.*—No se dan tales circunstancias en el caso examinado, ya que, según resaltan con acierto los juzgadores de instancia, la entidad acreedora y recurrida no ha tenido otro designio que cobrar su crédito sin hacer más gravosa la posición deudora, hasta el punto que el contrato accesorio de la misma fecha contiene la cláusula, altamente reveladora, en frase del tribunal «a quo», de que durante un plazo de seis meses a contar de su data el deudor quedaba facultado para presentar a la acreedora un comprador para cualquiera de las máquinas adjudicadas en pago, quien podría adquirirlas por precio superior al de valoración, quedando el exceso en beneficio del adjudicante, estipulación que desmiente toda sospecha de presión anómala por la acreedora y cuya falta de ejercicio por parte del deudor favorecido lleva a deducir racionalmente que no ha existido el pretendido agravio económico. (Sentencia de 30 de marzo de 1979; no ha lugar.)

7. *Indemnizaciones sustitutivas de la obligación de readmisión por parte del empresario. Naturaleza.*—Estas indemnizaciones por despidos constituyen el pago de un salario diferido y complementario que se abona al trabajador cuando cesa en la empresa por causas no imputables al mismo, es decir, como un valor equivalente al empleo y unos salarios que se dejaron de percibir.

Preferencia legal de los créditos salariales. Interpretación de las normas que la establecen.—Teniendo en cuenta los criterios que establece el artículo 3, pág. 1, del Código civil, atendido el espíritu que informa las normas y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, no pueden interpretarse restrictivamente en cuanto al alcance de los derechos que amparan, por lo que la preferencia legal debe amparar a las indemnizaciones antes aludidas.

Cuestiones nuevas. Concepto.—Deben reputarse cuestiones nuevas y, por tanto, ser considerado improcedente su planteamiento en casación, tanto las suscitadas con posterioridad a los escritos de alegación y discusión como la deducida por primera vez en el curso de la apelación. (Sentencia de 12 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—El recurso de casación trae causa de la tercería de mejor derecho interpuesta por los trabajadores de una empresa contra ésta y contra

el Instituto Nacional de Previsión, que había promovido un proceso de ejecución para el cobro de deudas de la empresa por seguros sociales.

Los temas planteados son dos: primero, la preferencia de los trabajadores para el cobro de las cantidades señaladas por sentencias firmes de Magistraturas del Trabajo, sobre bienes embargados a la empresa a instancia del I. N. P.; y segundo, el alcance de la preferencia en relación con los distintos créditos reconocidos a los trabajadores.

1) La condición preferente de los créditos laborales se encuentra declarada por el Código civil (art. 1.924, núm. 2, letra D), pero está más desarrollado y completo el régimen establecido por las distintas disposiciones que han venido rigiendo las relaciones laborales.

Así, la Ley de Relaciones Laborales, de 8 de abril de 1976, determinó en su artículo 32 la preferencia de los créditos por salarios o conceptos sustitutos del salario devengados por los trabajadores, distinguiendo los casos en que el carácter privilegiado los hace preferentes de modo absoluto (objetos elaborados, inmuebles a los que se incorporó el trabajo) y aquellos en que la preferencia cede frente a acreedores hipotecarios o pignoratícios.

Actualmente el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley de 10 de marzo de 1980, ha subsanado buena parte de los defectos de que adolecía la regulación anterior. Su artículo 32, titulado «garantías del salario», dispone, en cuanto aquí interesa, lo siguiente:

«1. Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.

2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.

3. Los créditos salariales no protegidos en los números anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados y gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real en los supuestos en que éstos, con arreglo a la Ley Hipotecaria, sean preferentes.

6. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.»

Frente a esta condición especial de los créditos salariales, los que ostentan las Entidades gestoras de la Seguridad Social, para el cobro de las cotizaciones, sólo gozan de la prelación establecida en el artículo 1.924, número 2, letra E) del Código civil (art. 58 del texto refundido de la Ley de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974), siendo, pues, de peor condición.

2) El ámbito de aplicación de la preferencia especial ha sido extendido por la jurisprudencia a todos los créditos incluíbles en un concepto amplio de salario. Así resulta claramente de las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1970 y 27 de marzo de 1971. Los términos con que se expresa esta última son: «... dentro del concepto amplio de salario se ha de comprender la totalidad de los beneficios que obtenga por el trabajo prestado, por lo que es obvio que, como en el caso de estos autos, a la hora de determinar el orden de prelación del crédito de unos trabajadores contra la empresa en la que trabajaron, obtenido debidamente en unas sentencias laborales, no es procedente discriminar los distintos conceptos que integran el «quantum» que les fue concedido por aquella jurisdicción, porque todas las partidas están comprendidas en aquel concepto de salario...».

Este criterio lleva a considerar las indemnizaciones por despido como pago de un salario diferido y valor equivalente a unos salarios que se dejaron de percibir, que gozan de la preferencia especial de los créditos salariales estrictos, tal como se indica en la Sentencia anotada.

8. *Contratos civiles y administrativos. Distinción de ambas categorías.*—La distinción entre la contratación civil y la administrativa no es absoluta, pues debe partirse de una plataforma común constituida por la elaboración ius civilista del contrato, existiendo sólo los contratos administrativos cuando la modulación del contrato, por la intervención de la Administración alcanza cierta intensidad. En este sentido, la Ley de Contratos del Estado, modificada en 1973, amplió el campo de los convenios que deben reputarse contratos administrativos más allá de los que tengan por finalidad las obras y servicios públicos, para comprender otros que reciban tal carácter por declaración legal, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo y, por otra parte, introdujo el principio de autointegración del ordenamiento administrativo, al disponer que en caso de silencio contractual o legal sea la propia Ley y los principios generales del ordenamiento administrativo los que, con preferencia, rijan como supletorios.

Elaboración de proyecto para edificio público. Naturaleza del contrato que media entre la Administración y el Arquitecto autor.—A la luz de los principios expuestos, es manifiesta la naturaleza administrativa del contrato celebrado entre la Administración y el demandante para la elaboración del proyecto de construcción de un edificio público, cual es el destinado a sede de un Departamento Ministerial, pues sea un arrendamiento de servicios, o sea de obra, y se considere su patente vinculación directa al desenvolvimiento regular de un servicio público o su condición de contrato complementario de otro administrativo típico, como es el de ejecución de obra pública, siempre se concluye en su carácter administrativo y en la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la materia. De igual modo es ostensible la naturaleza administrativa del contrato si se tiene en cuenta la forma de intervención de la Administración en el mismo, con su organización característica y las peculiaridades funcionales que implica. (Sentencia de 11 de mayo de 1982; ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia reviste interés especial por el correcto y detenido examen que realiza del contrato administrativo y de las diferencias que lo separan del civil. La Sala 1.ª del Tribunal Supremo llega, así, a atribuir al contrato administrativo un ámbito de aplicación tan amplio como el señalado por la doctrina administrativa y la jurisprudencia contencioso-administrativa (véanse, por ejemplo, las Sentencias que recoge O. Moreno Gil en «Contratos administrativos», Instituto de Estudios Fiscales, 1978). La tendencia hacia tal ampliación se encuentra claramente indicada por la legislación vigente, especialmente en los artículos 4 de la Ley de Contratos del Estado, redactados por Ley de 17 de marzo de 1973, y 7 de su Reglamento, de 25 de noviembre de 1975.

P. E. A.

9. *Resolución de la compraventa de inmuebles. Artículo 1.504 del Código Civil.*—El mantenimiento de conversaciones para la ejecución de contratos priva de efectos al requerimiento resolutorio anterior, siendo de notar ade-

más que el comprador estuvo siempre dispuesto a dar cumplimiento a la compraventa, manteniendo vivo así su derecho de adquisición del inmueble en las condiciones pactadas en tanto no fuese requerido nuevamente, pues no cabe olvidar que el artículo 1.504 del Código civil recoge una específica resolución frente al genérico artículo 1.124 del mismo y que, en todo caso, se requiere una situación de incumplimiento atribuible a quien se reclama la resolución.

Cumplimiento y consignación de cantidad. Identidad de la prestación.— Las reglas de los artículos 1.166, párrafo 1.º, y 1.176, párrafo 1.º, del Código civil, se limitan a la entrega de cosa distinta a la debida, pero no se refieren a una cantidad dineraria superior a la establecida, dado que esto es eficiente a efectos de ofrecimiento de pago y consignación, en aplicación del principio esencial en Derecho de que lo más comprende lo menos. (Sentencia de 1 de marzo de 1982; no ha lugar.)

10. *Motivos del recurso. Violación e interpretación errónea de la ley.*— No puede entenderse que el Juzgado haya incurrido en violación de ley cuando los artículos que se dicen violados no dejaron de ser tenidos en cuenta y aplicados por él, aunque no se hayan citado expresamente. Igualmente, el Juzgador interpretó correctamente el artículo 1.466 del Código civil, cuando entendió que, pagada la parte del precio determinada en el contrato, aunque restase otra parte aplazada, surgía la obligación para el vendedor de entregar la cosa vendida.

Resolución de compraventa de inmuebles. Por falta de pago del precio.— Para que el vendedor de un bien inmueble pueda provocar la resolución del contrato al amparo de la regla general del artículo 1.124 del Código civil y previo cumplimiento de la exigencia de requerimiento al pago, que exige el artículo 1.504 del mismo cuerpo legal, es condición que haya cumplido las obligaciones que sobre él pesan, pues de la conjunción de lo dispuesto en los dos artículos citados, resulta que, si es el vendedor quien incumple, excluye al comprador del pago del precio aplazado. (Sentencia de 18 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

11. *Venta a plazos de bienes muebles: Resolución por incumplimiento y reserva de dominio.*— El artículo 11 de la Ley reguladora de ventas a plazos de bienes muebles de 17-7-65 confiere al vendedor, en el supuesto de demora de dos plazos o del último de ellos por parte del comprador, dos acciones distintas, a las que puede optar: o bien exigir el pago de todos los plazos pendientes de pago; o bien la resolución del contrato, con las consecuencias subsiguientes derivadas de la depreciación del objeto mueble vendido y de la tenencia por la parte compradora demandada y su deterioro por el uso, acción que en el caso concreto ha sido la ejercitada, a la que precede una declaración, en orden a la reserva de dominio, que deriva del propio contenido del contrato, en el que la tal reserva es objeto de específica estipulación.

Venta a plazos de bienes muebles. Reserva de dominio y suspensión de pagos del comprador. Inscripción en el Registro especial.—La sentencia recurrida viola los artículos 9 y 11 de la Ley sobre Ventas a Plazos. El artículo 9, porque no puede admitirse que el mueble vendido pasara al dominio de la compradora y pudiera ésta integrarlo en el activo de su inventario, al solicitar su declaración de suspensión de pagos, pues a ello claramente se opone el artículo citado, al disponer que la venta sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga el precio y el artículo 11, que permite al vendedor, en el supuesto de incumplimiento contrario, que el precepto contempla, postular la resolución, que es lo que, en definitiva, la parte demandante, ha hecho, y que debe determinar la resolución pedida, cuando el incumplimiento de su contraparte es manifiesto, y ello al margen de la existencia simultánea del expediente de suspensión de pagos, pues, a mayor abundamiento, para el ejercicio de la acción amparada en tal precepto, no es necesaria la inscripción en el Registro de Ventas a Plazos, ni la inscripción puede alterar la condición del comprador, transformándolo en un tercero, que pueda oponer al vendedor tal condición, en el supuesto de ausencia de inscripción y así enervar las obligaciones contractuales por aquél asumidas y que permanecen vivas, háyase o no producido la inscripción. (Sentencia de 13 de mayo de 1982; ha lugar.)

NOTA.—Adviértase la imprecisión y también la inexactitud en que incurre este Considerando de esta Sentencia al atribuir al artículo 9 de la Ley unas palabras («la venta sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga el precio») que, en rigor, no responden a la realidad, puesto que lo que dice dicho artículo 9 es que, de conformidad con el concepto de V. P. B. M. que a los efectos de la propia Ley da su artículo 2.º, la venta «sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, al desembolso inicial».

De tales palabras pueden extraerse varias consecuencias y entre ellas, las dos siguientes: 1.ª Que la V. P. B. M. regulada por la Ley de 1965 se reputó como una venta especial —así lo hace gran parte de la doctrina— porque su perfección discurre por cauces contrarios al sistema esperitualista de nuestro ordenamiento consagrado en el artículo 1.258 del C. c. y, más concretamente en el artículo 1.450 del mismo Cuerpo legal, conforme al cual «la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor y será obligatoria para ambos si hubiesen convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado», y 2.ª Que la reserva de dominio estipulada o que estipulen las partes al amparo de la propia Ley haya suscitado múltiples dudas acerca de su verdadera esencia, que para muchos autores no puede ser otra que una especialísima garantía del cumplimiento contractual, que incluso puede llevar aparejada el efecto legal de permitir un derecho de separación de la masa patrimonial del comprador en caso de suspensión de pago o quiebra de éste.

A. L. C.

12. *Arrendamiento de industria o empresa excluido del régimen de la L.A.U.*—Para decidir acerca del concepto de industria o negocio a los efectos de su arrendamiento conforme al artículo 3.º, p.º 1.º, de la L.A.U., basta recordar que se tratará de la locación de una industria o negocio, excluida de la aplicación de dicha Ley, cuando el contrato versa sobre una organización patrimonial económicamente productiva, integrada por un conjunto

organizado y dispuesto («aviado»), con una pluralidad de elementos materiales e inmateriales para lograr la explotación que constituye la finalidad de una empresa determinada, y a tenor de lo dispuesto en dicho precepto será menester la preexistencia y la continuación de tal actividad económica, por lo que no resultará aplicable el régimen del arrendamiento de empresa y sí el de local de negocio sujeto a la L.A.U. cuando los contratantes presuponen la desaparición de la industria anterior para iniciar *ex novo* otra diferente el arrendatario; pero esta última hipótesis no se producirá por el hecho de que el arrendatario amplíe, por su conveniencia, la explotación añadiéndole un giro o negocio nuevo o introduzca sensibles mejoras en la maquinaria, menaje o mobiliario de la industria arrendada.

Arrendamiento de empresa. Traspaso o venta de las mercaderías.—El poder demostrativo de todos los argumentos esgrimidos por la propietaria actora, ahora recurrida, no se desvanece por la circunstancia de que las mercaderías existentes en el establecimiento al tiempo de ser concertado el arriendo fuesen vendidas al arrendatario «por los precios cargados en facturas por sus proveedores», según reza el documento de la misma fecha, pues según con acierto razona el Tribunal de Instancia, era inevitable que se procediese a la venta de las mismas al arrendatario, por tratarse de cosas consumibles no susceptibles de locación, dato éste que no hace cambiar la fisonomía ni la naturaleza jurídica del contrato celebrado. (Sentencia de 8 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

13. *Cesión de solar por pisos y locales en el inmueble construido.*—Las relaciones negociales entre los contendientes no entrañan un contrato ordinario de ejecución de obra, sino que se está en presencia de una aportación de solar para la proyectada construcción de un edificio, recibiendo como contraprestación los bajos comerciales y dos viviendas en la planta primera del inmueble que edificarían los demandados, figura de contrato atípico *do ut des* no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas y definidas en el Código civil (Sentencias de 22 de mayo de 1974 y 2 de enero de 1976), aunque presente notas que le aproximan a la permuta (Sentencias de 30 de junio de 1977 y 12 de febrero de 1979), como entiende un sector de la doctrina científica.

Principio de congruencia.—Que el principio de congruencia, aspecto del más amplio de rogación, recogido en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obliga ciertamente a la fundamental armonía entre lo resuelto por la sentencia y las pretensiones de las partes, correspondencia que según muy reiterada y conocida doctrina jurisprudencial ha de producirse en lo sustancial, sin necesidad de una literal acomodación a lo postulado, sino que basta la fundamental concordancia entre lo decidido y la relación controvertida.

Error de derecho.—El submotivo a que se alude, error de derecho, sólo es operante cuando ha sido vulnerado un procedimiento valorativo de prueba, no atribuyendo a determinado elemento demostrativo la eficacia que la norma legal le confiere, lo que exige no sólo la invocación del precepto

atinente, sino la concreta referencia al medio, específico que la Sala no ponderó con acierto. (Sentencia de 7 de julio de 1982; no ha lugar.)

Hechos.—Los litigantes convinieron sobre un solar la construcción de un edificio, obligándose los promotores a efectuar la obra, percibiendo el actor por la entrega del citado solar la totalidad de las lonjas y dos viviendas en el edificio construido. Los promotores, terminada la construcción, dejaron de realizar las obras de urbanización obligadas según el proyecto autorizado por el Ayuntamiento. El incumplimiento de esta obligación por los promotores demandados provocó la apertura de un procedimiento administrativo, que llegó a la fase del arriendo contra el actor recurrido, titular formal de la obra, por un total de un millón ocho mil veintidós pesetas, cifra que constituye la principal partida de la demanda interpuesta contra aquellos. Esta demanda es estimada por el Juzgado, siendo rechazados los recursos de apelación y casación.

NOTA.—1) Esta sentencia tiene un notable interés, al enfrentarse nuestro Tribunal Supremo con el problema de la naturaleza jurídica del negocio de cesión de solar por pisos y locales en el edificio construido. Este procedimiento se ha impuesto en la práctica de la construcción inmobiliaria, al permitir al promotor adquirir la propiedad del terreno sobre el que ha de construirse el edificio, sin tener que desembolsar una importante suma de dinero en el inicio de la operación inmobiliaria proyectada.

La posición del Tribunal Supremo, en la sentencia que anotamos, es conforme con la afirmada por el mismo en algunas sentencias precedentes, que arrancan del criterio defendido en la de 22 de mayo de 1974. Nuestra doctrina científica, en cambio, tiende a conceptualizar al negocio en cuestión como permuta con prestación subordinada de obra (cfr., MERINO, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978, p. 345 ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, Madrid, 1979, p. 39; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XIX, Madrid, 1980, pp. 736-739). No faltan autores que tratan de justificar la inaplicación de la normativa del Código civil sobre el contrato de permuta. En este sentido, merece especial consideración el punto de vista de un autor francés, DAGOT, que ha escrito una amplia monografía con este propósito (*La cession de terrain moyennant remise de locaux à construire*, París, 1976). Para DAGOT, nunca puede ser una permuta compleja, porque cuando se utiliza el denominado método de la cesión de las milésimas solamente existe una transmisión de la propiedad, que es consentida por el propietario del terreno en beneficio del cesionario-constructor. Los locales que pasan al propietario del terreno, no son objeto de una transmisión de propiedad, sino que éste los adquiere por vía de accesión en las milésimas que ha conservado. Tampoco existe venta o permuta cuando se utiliza el método de conservación del precio, que según DAGOT (*op. cit.*, p. 67), consiste en una novación por cambio de objeto. La obligación que en el comienzo de la operación pesa sobre el cesionario-constructor de pagar una suma de dinero por el terreno, es sustituida por una obligación de hacer construir y entregar determinados locales. Lo único que cambia es el objeto de la obligación.

La tesis de DAGOT ha sido criticada por la doctrina francesa. No corresponde ni a la forma ni al fondo de la operación, según destacan autores cuya crítica es tenida en cuenta por el citado autor (*op. cit.*, p. 65). MAZEAUD-JUGLART (*Leçons de Droit civil*, 3.º-2, *Principaux contrats*, París, 1974, p. 301) muestran con claridad la tesis dominante en la doctrina, al decir que se está ante la permuta de un derecho de propiedad (el terreno) contra dos derechos: un derecho de propiedad (los pisos y locales en el edificio construido) y un derecho de crédito (el derecho a obligar al empresario a construir).

A nuestro juicio, tiene razón la doctrina dominante, que califica el negocio señalado teniendo en cuenta el resultado alcanzado, el fin práctico del mismo. Sobre este peculiar negocio téngase también en cuenta nuestra anotación a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1979, en este ANUARIO (1979, IV, pp. 934-935).

2) Atendiendo a los hechos de la sentencia, anteriormente expuestos, se aprecia que los promotores incumplieron la obligación de ejecutar las obras de urbanización. Nosotros ya hemos expuesto en un trabajo publicado en este ANUARIO (*La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*, 1982, III, p. 889) la fundamentación legal de obligaciones como la referida, al señalar las exigencias de carácter administrativo y urbanístico que requiere la construcción de un inmueble.

A. C. S.

14. *Construcción de viviendas de protección oficial. Revisión de precios.* En el artículo 19 del anexo del pliego de condiciones se establece que la revisión, en su caso, se llevará a cabo...; lo que no puede significar el reconocimiento expreso de su exigencia («en todo caso»), sino la simple posibilidad de su admisión («en caso de que»), y se añade que, en ese caso, «se llevará a cabo en el modo y forma que las disposiciones de viviendas de este tipo *prevén*», término, este último, al que la sentencia recurrida da particular relieve, argumentando que la palabra expresa el presente de indicativo del verbo «prever», confirmando la existencia actual y vigente de un procedimiento revisor concreto, al que las partes quisieren someterse; sin embargo, la realidad es muy otra, pues aquellas disposiciones específicas de las viviendas de protección oficial, especialmente el Reglamento de 24 de julio de 1968, nada dicen al respecto, sin duda en atención al fin social que con ellas se persigue, por lo que, en puridad, el contenido de aquel artículo 19 carece de sentido y de vinculación para los contratantes porque mal pueden comprometerse a aplicar lo que prevean unas disposiciones... cuando éstas nada *prevén*; y buena prueba de ello es que la revisión alegada por el constructor, avalada por los directores técnicos de la obra y confirmada por el Tribunal «a quo», es la regulada por el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964 y el Decreto de 11 de marzo de 1971, que se refieren no a la construcción de viviendas de que aquí se trata, sino a los contratos administrativos de obras del Estado, de significación y alcance completamente diferente, sin que la aplicación pueda ampararse en la remisión que el artículo 90 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial hace a la Ley de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963 y disposiciones complementarias, porque se refiere exclusivamente al procedimiento de adjudicación, no a la revisión de precios. (Sentencia de 13 de julio de 1982; ha lugar.)

HECHOS.—Se cuestiona si un contratista de viviendas de protección oficial, cuya construcción le fue adjudicada en virtud de subasta por el Patronato de Viviendas para Funcionarios del Ayuntamiento de Pamplona, tiene derecho a que se revisen los precios de construcción en base a la cláusula 19 del pliego de condiciones. El Juzgado rechazó la demanda del contratista. La Audiencia Territorial revocó el fallo del Juzgado. Prospera el recurso de casación interpuesto por el citado Patronato.

NOTA.—Sobre el problema de la revisión de precios en el contrato de obra y las normas que regulan la contratación del Estado, puede consultarse nuestra anotación a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1981, en este ANUARIO (1982, I, pp. 262-263).

A. C. S.

15. *Arrendamiento de obra con suministro de materiales. Caracteres del contrato.*—Este contrato tiene naturaleza jurídica mixta, pues incorpora caracteres propios de la compraventa, siquiera sea de cosa futura, manteniéndose como esencial la actividad dirigida al resultado comprometido y quedando sujeto a normas específicas, toda vez que lo convenido no es la entrega de objetos inertes, sino la de esos materiales debidamente instalados y en funcionamiento.

Prescripción. Doctrina general sobre la institución.—Debe recusarse toda interpretación rigorista de la prescripción, pues, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe ser tratado restrictivamente y aplicado sólo cuando haga necesario la seguridad merecida por las relaciones jurídicas.

Prescripción trienal. Supuestos de aplicación.—No es aplicable esta prescripción corta al precio de los arrendamientos de obra, que debe sujetarse al genérico de los quince años, y ello ni siquiera aunque se considerase como compraventa, pues el artículo 1.967 del Código civil es referible sólo a las mercaderías, concepto que no coincide enteramente con el de cosa mueble, ni con el objeto de las compraventas mercantiles.

Interrupción de la prescripción. Contestación a requerimiento.—Con ocasión del requerimiento notarial instado por el recurrente, la Sociedad recurrida aprovechó el trámite de contestación para reclamar solemnemente el precio, proponiendo, incluso, una nueva modalidad de pago, lo que produjo el efecto interruptivo previsto en el artículo 1.974 del Código civil (sic debe entenderse 1973), y sobrevino nueva interrupción mediante acta notarial posterior dirigida al recurrente. (Sentencia de 7 de julio de 1982; no ha lugar.)

16. *Arrendamiento de obra. Accesión.*—En el contrato de arrendamiento de obra el propietario del suelo va haciendo suyos los avances, porciones o parciales resultados de la obra.

Parte integrante de un inmueble. Parquet.—En virtud de los números 3 y 4 del artículo 344 C. c., todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija, de suerte que no pueda ser separado de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, pasa a formar parte integrante del mismo. No ocurre lo mismo respecto del parquet acoplado en la obra por no estar comprendido en ninguno de los casos de accesión establecidos en dicho artículo ni en lo dispuesto en el 358. (Sentencia de 27 de noviembre de 1978; ha lugar.)

HECHOS.—Tercería de dominio ejercitada por el dueño de la obra sobre el parquet ya instalado en unas casas y sobre el acopiado en otras, por haber sido el mismo embargado en juicio ejecutivo instado contra el contratista de la obra.

17. *Hechos probados.*—Es doctrina jurisprudencial constante la inatacabilidad en casación de los hechos probados, a no ser que se alegue error de

hecho o de derecho en la apreciación de la prueba al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aplicación indebida.—Surge cuando se subsumen erróneamente lo hechos en el ámbito de la norma que equivocadamente se estima aplicable o se sufre error al establecer la diferencia o semejanza entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.

Prueba de presunciones.—Con reiterada insistencia tiene declarado este Tribunal que la prueba de presunciones puede impugnarse en casación en dos puntos: uno, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afectante a la existencia del hecho del que ha de partir la inducción, y otro, al amparo del número 1.º del propio precepto procesal, encaminado a combatir la precisión y el rigor de enlace entre ese hecho y el que se trata de demostrar, sin que quepa por la mera y distinta apreciación de la importancia y trascendencia del enlace o relación existente entre el hecho demostrado y aquél que se trata de inducir la casación de la sentencia, pues el juicio lógico del Tribunal «a quo» sólo es censurable cuando notoriamente falta ese enlace preciso y lógico sobre el hecho demostrado y el que se trata de inducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico, añadiendo la de 23 de junio de 1962 que es doctrina jurisprudencial reiterada que la deducción de la Sala constitutiva de la presunción es de su exclusiva apreciación y solamente puede ser impugnada en casación cuando resulte absurda, ilógica o inverosímil, o cuando se niegue la existencia real del hecho de que parte la presunción.

Infracción del artículo 1.214 del Código civil.—Puede ser causa de un recurso de casación en el fondo cuando ha sido desconocida por el Tribunal la incumbencia probatoria que el precepto respectivamente señala a las partes, según sus posiciones.

Contrato de «consulting engineering». *Naturaleza jurídica.*—De acuerdo con la resolución recurrida, entre el recurrente y la demanda «Ingenieros Consultores, S. A.», se convino realmente un contrato de obra, en cuya ejecución se prestaron determinados servicios que fueron abonados.

Extinción de la obligación. *Desistimiento.*—En el supuesto de desistimiento, como medio de extinción de una obligación, incumbe la prueba de tal medio extintivo al demandado que lo opone. (Sentencia de 28 de mayo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa «Ingenieros Consultores, S. A.» demandó a P.J.F. y una entidad industrial, reclamando una determinada cantidad en concepto de precio por realización de un informe técnico sobre localización del lugar idóneo para instalar una planta industrial destinada a la obtención de bióxido de titanio. Recayó sentencia de la Audiencia Territorial en la que, revocando en parte la dictada por el Juzgado, condenó al demandado P.J.F. al abono de la cantidad reclamada, absolviendo de la demanda a la entidad codemandada. No prospera el recurso de casación interpuesto por P.J.F.

NOTA.—En esta sentencia se contempla un contrato que está alcanzando una extraordinaria importancia, el denominado *consulting engineering*, que entronca con la existencia de un creciente desarrollo tecnológico, cuya incidencia sobre el Derecho privado ha sido destacada por Díez-PICAZO, en su obra *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado*, 1979. En esta línea habrá que situar a diferentes contratos, de ascendencia anglosajona, como el *know-how*, el *factoring* o el *leasing*.

El rasgo característico del *consulting engineering* reside en que la empresa de *engineering* suministra al cliente, a cambio de un precio, determinados informes de carácter técnico y económico, encaminados a la realización de un proyecto industrial o a la reorganización, modernización o ampliación de una empresa. Junto al puro *consulting engineering* existen contratos más complejos en los que a las prestaciones señaladas (informes técnicos y económicos) se agregan otras de carácter diverso, como el suministro de bienes de equipo y la asistencia técnica para su montaje, e incluso el contrato se refiere a la instalación de una planta industrial completa.

En la sentencia que anotamos se está ante un puro *consulting engineering*, puesto que se trata de realizar y entregar un determinado informe técnico sobre el lugar adecuado para la instalación, en su día, de una planta industrial destinada a la obtención de bióxido de titanio.

Para algunos autores, el puro contrato de *consulting engineering* es similar al arrendamiento de servicios (cfr. URÍA, *Derecho Mercantil*, 1982, p. 564). Sin embargo, la sentencia que anotamos admite con la sentencia de la Audiencia Territorial que el contrato celebrado es realmente un contrato de obra.

A nuestro juicio, en el supuesto fáctico de la sentencia, la empresa de *consulting engineering* no se comprometió a una pura prestación de actividad, sino, más bien, a la realización de una auténtica «obra intelectual», consistente en un informe técnico completo en torno al lugar donde conviene instalar una futura planta industrial. En este sentido, su prestación es de resultado, por lo que, sin negar las peculiaridades de este contrato, el mismo se aproxima en mayor medida al contrato de obra que al arrendamiento de servicios, ya que, como ha evidenciado la doctrina dominante (cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, 1979, p. 439; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-3.º, Madrid, 1979, p. 183; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 1977, pp. 258-260; y sobre todo, RUMELIN, *Dientsvertrag und Werkvertrag*, 1905, que estudió la cuestión ampliamente), la distinción fundamental entre uno y otro se encuentra en que la prestación del contratista es de resultado, en tanto que la del que presta servicios es de pura actividad. Por otra parte, tienen razón DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (Op. cit., p. 455), al decir que los servicios de los profesionales liberales (en nuestro caso, ingenieros) no son siempre y en todo caso objeto de arrendamiento de servicios. En otras palabras, que en ocasiones estaremos en presencia de un contrato de obra. Piénsese en el letrado que se obliga a realizar un dictamen mediante una remuneración o en el dentista que tiene que realizar y colocar una prótesis.

El lector advertirá que el supuesto del dictamen del letrado, que los autores citados incluyen en el marco del contrato de obra, se asemeja bastante al del caso de la sentencia que anotamos. En realidad, en ambos casos estamos ante prestaciones de resultado.

La importancia jurídica de la solución acogida por nuestro Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica del contrato de *consulting engineering*, manteniendo el criterio de la Audiencia Territorial, es extraordinaria, porque habrá de tenerse en cuenta la normativa del Código civil sobre el contrato de obra (arts. 1.588-1.600) para configurar su contenido, y muy especialmente para analizar críticamente las cláusulas de las condiciones generales de este contrato, en las que se configura ampliamente la responsabilidad de la empresa de *engineering* por defectuoso cumplimiento de sus prestaciones o por realizarlas con demora.

A. C. S.

18. *Sociedad civil sin personalidad jurídica. Liquidación. Préstamo a uno de los socios y aportación social.*—Convenida entre ambas partes litigantes una sociedad civil sin personalidad jurídica con el objeto de construir viviendas y locales, aportando un socio capital y otro trabajo, y habiendo obtenido el segundo de ellos, actor en el pleito y ahora recurrente, un préstamo concedido a su nombre, no puede prosperar el motivo del recurso que por el

cauce del número inicial del artículo 1.692 de la L.E.C. denuncia infracción por violación del artículo 1.669 en relación con el 339, ambos del Código sustantivo, alegando que concertada tal operación por el actor la suma obtenida habrá de ser calificada a todos los efectos como aportación social, con la consiguiente trascendencia a la hora de proceder a la distribución de las ganancias; y ello, porque, además de que la aplicación de las normas relativas a la comunidad de bienes en las sociedades civiles sin personalidad ha de entenderse limitada, como advierte la doctrina, al sustrato material o fondo común formado por los socios, al que sin duda pueden ser llevadas aportaciones con finalidad traslativa y por lo tanto perdiendo su titularidad exclusiva el aportante por virtud del pacto social con fuerza vinculante plena en las relaciones internas, la Sala sentenciadora en rotunda declaración no combatida, afirma que si bien en el negocio figuró únicamente el actor, lo cierto es que «el préstamo se concedió en consideración a la obra y para invertirlo en ella, en beneficio, por tanto, de las personas comprometidas en su ejecución», a lo que añade, razonando en el campo de las presunciones, que «si se otorgó alguna garantía hipotecaria estaría constituida por el solar en que iba a levantarse aquélla y tal vez por la misma obra, todo lo cual no se concilia con la idea de aportación estrictamente personal». (Sentencia de 3 de abril de 1982; no ha lugar.)

19. *Contrato de sociedad.*—Cuando el artículo 1.665 C. c. habla de poner en común dinero, bienes o industria, entre las personas que se unen en sociedad y ello con ánimo de partir las ganancias o en su caso contribuir a las pérdidas, no se establece unas reglas precisas tanto en lo referente a aquella aportación de bienes o industria como en relación al sistema de esa participación o contribución en ganancias o pérdidas y nada impide que a cuenta de las mismas, puedan predeterminarse en una cantidad fija, alzada o proporcional, cuando no falta esa «affectio societatis», elemento característico de este contrato (posiblemente se trata de una afirmación hecha aquí a mayor abundamiento). (Sentencia de 2 de octubre de 1978.)

20. *Aval. Disposiciones aplicables.*—Resulta acomodado a la construcción jurídica del aval y a su naturaleza esencialmente accesoria, aplicar a la institución las disposiciones básicamente reguladoras de la fianza, con las modificaciones impuestas por la legislación mercantil, y de ahí que en atención al carácter de fianza cambiaria y a la falta de independencia de la obligación del avalista, intrínsecamente relacionada con la que garantiza, la más autorizada doctrina entiende aplicables los preceptos del C. c. en función supletoria de los del C. de c., siempre que no pugnen con la específica esencia del aval cambiario y entre ellos concretamente el artículo 1.851.

Extinción del aval. Prórroga concedida al deudor principal y pacto novativo. En la hipótesis de la «litis» no se trata de una mera prórroga del término «solutionis», que sería por sí solo bastante para desencadenar el efecto previsto en el artículo 1.851, sino de comportamiento que excede manifiestamente de una ampliación del tiempo de pago para alcanzar la significación propia de un pacto novativo, ajustado a la normativa de los artículos 1.203 a

1.206 del C. c., determinante de la extinción de la fianza por vía indirecta o de consecuencia (art. 1.207).

Renovación del título y novación.—No cabe identificar el supuesto en el cual la letra primitiva avalada, vencida y protestada, permanece en poder del acreedor, quien otorga una prórroga al deudor principal mediante renovación del título, pero sin desprenderse del primero, lo que haría cuestionable la liberación del avalista mientras la acción cambiaria no prescriba, aunque tampoco pueda descartarse sin más la aplicación del artículo 1.851, con el caso presente, donde se operó un importante cambio en los elementos de la obligación con trascendencia novatoria, a pesar de que cautelosamente el acreedor cambiario haya retenido las letras avaladas.

Cosa juzgada.—A pesar de que no haya sido articulada oportunamente como excepción no obstante su realidad incuestionable, los Jueces y Tribunales no pueden desconocer totalmente la cosa juzgada material como algo inexistente, sino que deben resolver los problemas llevados al segundo litigio del mismo modo que lo fueron en el primero respetando sus afirmaciones, pues consideraciones de seguridad jurídica y hasta de prestigio del organismo jurisdiccional imponen evitar decisiones contradictorias, respetando el apotegma «non bis in idem», siempre partiendo de la indispensable certeza de una resolución precedente sobre el mismo conflicto, aun recaída en proceso de distinta naturaleza; doctrina aplicable al presente debate, pues si bien la cosa juzgada, como excepción perentoria, ha sido opuesta tardíamente, en el escrito de conclusiones, no puede prescindirse de la evidencia de que en el juicio ejecutivo seguido entre las mismas partes han sido discutidas y resueltas las cuestiones de hecho y de derecho ahora nuevamente planteadas, y por tanto también la extinción de la fianza cambiaria consiguiente a la concesión de prórroga al deudor, sentido en el que fue proferida la sentencia que puso fin al referido proceso. (Sentencia de 6 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

Hechos.—Vencidas y debidamente protestadas por falta de pago las letras en las que figuraba el avalista demandado y recurrido, se conviene por el tenedor, recurrente, y la aceptante en que aquél reciba de éste otras cambiales en sustitución de las primeras. En las nuevas letras, además de establecerse una cantidad superior, se modifican los elementos personales: la aceptante pasa a ser libradora y son aceptantes personas ajenas a la anterior obligación cambiaria.

21. *Extinción del aval. Artículo 1.851 del C. c.*—El acuerdo expresamente convenido entre el recurrente, tenedor legítimo de las letras de cambio, avaladas por el demandado, y el aceptante de las mismas, de entregar nuevas cambiales en sustitución de las primitivas por similar cantidad y distinto aceptante, a cuyo buen fin quedó supeditada la liberación de la deuda y la anulación de las primeras, supone un aplazamiento de la exigibilidad de la deuda cambiaria. El haberse hecho sin consentimiento del avalista permite traer a juego el artículo 1.851 C. c. y con su invocación, al amparo de la aplicación supletoria del derecho común a la contratación mercantil, prevista

en el artículo 50 del C. de c., declarar extinguido el aval prestado. (Sentencia de 6 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

22. *Fianza. Los efectos de la falta de comunicación previa del pago efectuado por el fiador al deudor principal.*—El artículo 1.840 C. c. presupone que el fiador puede pagar al acreedor sin notificación alguna al deudor, pues esta notificación no es presupuesto o requisito para poder posteriormente ejercitar sus derechos de reembolso y de subrogación, que le corresponden siempre al fiador por el hecho de satisfacer el crédito, y el único efecto que produce el incumplimiento de ese deber del fiador es que podrá el deudor utilizar en vía de regreso las excepciones que aquél debió oponer al acreedor. (Sentencia de 14 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

23.—*Responsabilidad civil. No se excluye en virtud del control administrativo de las actuaciones privadas.*—La sentencia recurrida declaró no haber lugar a la responsabilidad extracontractual pretendida, basándose, esencialmente en que el camino construido se ajustó al proyecto aprobado por los correspondientes órganos administrativos y conforme al artículo 15 de la Ley del Suelo, lo que supone, en principio, la corrección técnica de las obras realizadas. No obstante, debe tenerse en cuenta que, aunque los Proyectos de Urbanización llevan a la práctica los Planes Generales y Parciales, detallando las obras que comprenden, no evitan la posibilidad del daño ni obstan al juicio de culpabilidad, pues sólo acreditan la adecuación a los Planes, al margen de la situación de Derecho civil, ya que la reprochabilidad del daño causado no se contempla desde la existencia y licitud del Proyecto, sino desde la vertiente de la ejecución de las obras. (Sentencia de 24 de mayo de 1982; ha lugar.)

NOTA.—La presente sentencia reitera la doctrina jurisprudencial de que la actuación con sujeción a las disposiciones reglamentarias no elimina la culpabilidad del agente si el daño se produce en la realidad, con la consiguiente declaración de responsabilidad. La sentencia alude, en este sentido, a las anteriores de 12 de febrero, 17 de marzo y 27 de agosto de 1981.

El Tribunal Supremo utiliza dos argumentos para separar la responsabilidad extracontractual de la normativa administrativa: Primero, afirma la concurrencia de culpa, o por lo menos, la falta de agotamiento de la diligencia exigible, demostrada por la mera producción del daño.

Segundo, tiende a aplicar criterios de la responsabilidad por riesgo. Así, la Sentencia de 5 de abril de 1963 señaló que «quien explota en su beneficio un bien, cualquiera que sea su naturaleza, viene obligado a emplear todos los medios a su alcance para prevenir daños a terceros, exigiéndolo así la convivencia social de acuerdo con la moral y el Derecho» (véase esta sentencia y su comentario en «Estudios sobre la jurisprudencia civil» de L. Díez-Picazo, I, pág. 273).

P. E. A.

24. *Culpa extracontractual. Daños por obras en predio superior. Relación de causalidad.*—La causa conocida y declarada del deterioro del chalet ha sido la acción de aguas subterráneas provenientes de la cota superior, debiendo llegarse a la conclusión de que si una edificación se mantiene intacta y sin daño alguno durante un dilatado período de diez años, y al

cabo de cierto tiempo, precisamente al haberse producido una degradación del terreno por las anegaciones padecidas, comienzan a presentarse los asientos, esta última degradación y cambio del terreno ha sido la verdadera causa desencadenante del deterioro del inmueble.

Culpabilidad del Propietario. Inversión de la carga de la prueba.—No es necesario justificar la existencia de culpa imputable al dueño del predio de que proceden las aguas, por ser corriente doctrina de esta Sala la de que el autor de los daños que se acreditan es quien, por una inversión de la carga de la prueba, viene obligado a justificar, para exonerarse de la obligación de repararlos, la justificación cumplida de que en el ejercicio de su actividad obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitar tales daños.

Fundamento de la regla de la inversión de la carga de la prueba.—La regla se basa en una moderada recepción del principio de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iuris tantum*, y hasta tanto no se demuestre por el autor de los daños que él obró en el ejercicio de su actos lícitos con toda la prudencia y la diligencia precisas para evitarlos, entendiéndose que si lo no contrario a la ley es lícito, debe ir acompañado de la diligencia como elemento esencial para exonerar de responsabilidad.

Error de derecho.—El error de derecho se perpetra únicamente cuando se infringe un precepto legal —que debe ser expresamente citado— que asigne a un medio de prueba la virtualidad que el juzgador —infringiéndolo con ello— le niegue. No está sujeta a la censura de la casación la «sana crítica» que es el solo precepto que para la valoración de la prueba pericial previene la Ley. (Sentencia de 10 de mayo de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—¿Habrà de considerar una nueva categoría de doctrina jurisprudencial a la «corriente doctrina de esta Sala», o es nueva forma de denominar a aquélla? Respecto a la inversión de la carga de la prueba, quizá no urge tanto que el T. S. adoctrine sobre su fundamento, cuanto que se decida a precisar el ámbito de aplicación de la misma, pues está claro que no en todos los casos de culpa extracontractual hace uso la Sala 1.ª de la misma.

G. G. C.

25. *Culpa extracontractual. Daños por abordaje.*—Es responsable la empresa propietaria de la embarcación causante del accidente ocurrido al virar sobre babor para alcanzar rumbo, en cuyo momento cortó el trayecto a otro barco en el que viajaba el lesionado, de tal manera que ese ilícito actuar de forma repentina impidió la lógica reacción del barco que sufrió el abordaje, dada su rapidez e intempestividad, así como la carencia de las más mínimas señales de advertencia de que dicha maniobra iba a tener lugar; la embarcación abordante podía haber soslayado el riesgo, en atención a la potencia de sus motores, lo que no logró por una circunstancia intrínseca imputable al naviero, como fue la caída de velocidad debida a la

falta de cambio o limpieza de un filtro de aceite; asimismo, debe considerarse elemento generador de responsabilidad la actuación del encargado de aquélla, quien reconoce que, aun habiendo asientos libres, como aún no había comenzado a cobrar, no obligó a los pasajeros, entre ellos al menor lesionado, a ocupar sus respectivos asientos. (Sentencia de 31 de mayo de 1982; no ha lugar.)

26.—*Culpa extracontractual. Daños por excavación en edificio colindante. Responsabilidad solidaria del arquitecto y del contratista.*—Sin desconocer el rango profesional del arquitecto, con sus deberes de conocimiento y estudio del terreno sobre el que se edifica y el cálculo de la carga que el suelo debe soportar, para evitar desplazamientos, cabe que a su falta de diligencia se una la del contratista con significación de culpabilidad no menos evidente, y en el presente caso ha de tenerse por indudable la colaboración culposa del constructor, desentendiéndose de la vigilancia de una obra tan peligrosa como es el vaciado de un solar con edificios fronteros y, encomendando tal fiscalización a quien carecía de los mínimos conocimientos para ello.

Diligencia exigible al contratista.—Aun prescindiendo de que en la actualidad el *status* profesional del contratista no siempre se acomoda a la pauta otrora usual de subordinación al arquitecto, el proceder del interesado absteniéndose de adoptar las medidas que la simple observación imponía para prevenir todo desplazamiento del terreno, con evidente peligro para un endeble edificio tan cercano que se llegó a una separación medida en centímetros, comporta obviamente la inobservancia del grado de diligencia que al recurrente le era exigible en razón de las circunstancias que concurrían en la realización de los trabajos. (Sentencia de 19 de abril de 1982; no ha lugar.)

27. *Daños causados al Estado. Responsabilidad civil del empresario. Sentencia condenatoria dictada por la jurisdicción militar. Reserva de acciones civiles.*—La sentencia penal condenatoria por daños dictada por la jurisdicción castrense no contiene pronunciamiento alguno en orden a la responsabilidad civil que pudiera resultar contra terceras personas con ocasión del delito por la misma enjuiciado, pues el artículo 711 del Código de Justicia Militar constituye una excepción a la norma general contenida en el artículo 112 de la L. E. Crim., institucionalizando así una reserva de acciones civiles que los perjudicados podrán ejercitar ante la jurisdicción ordinaria.

Extremos vinculantes y no vinculantes de la sentencia penal para el juez civil. Cuantía de la indemnización.—La sentencia condenatoria de índole penal dictada por la jurisdicción castrense sólo vincula al Juez civil en cuanto describe la actividad y el resultado calificado como delito, así como en cuanto define la antijuricidad del hecho y la culpabilidad del reo, con la puntualización en cuanto al resultado que la causación prejuzgada ha de entenderse como resultado físico o natural, y no como dato cuantificado que afecte sin más al tercero, contra quien no se establece pronunciamiento

alguno de condena, pues en otro caso se ocasionaría la total indefensión del mismo y se extenderían los efectos de la cosa juzgada material a tercera persona, con infracción del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. (Sentencia de 27 de marzo de 1982; no ha lugar.)

28. *Seguro de accidentes de circulación. Cláusula de exclusión de riesgo.*—No es aplicable la cláusula de la póliza del seguro voluntario de accidentes que excluye la indemnización para el caso de que el siniestro se produjera conduciendo un vehículo de la propiedad del asegurado, si en la fecha del accidente ya no era propietario el accidentado de la máquina que conducía, por haberla enajenado.

Error de hecho. Carácter administrativo del Registro de Vehículos.—Dado el carácter meramente administrativo del Registro de Vehículos de la Jefatura Provincial de Tráfico, de acuerdo con el artículo 244 del Código de la Circulación, ha de concluirse que su contenido no prejuzga las cuestiones relativas a la propiedad del vehículo. (Sentencia de 5 de mayo de 1982; no ha lugar.)

29. *Responsabilidad por daños. Embargo preventivo injustificado.*—Los artículos 1.413, párr. 2.º, y 1.418 de la L. E. C., aunque expresan un mandato dirigido a los Tribunales, no impiden que los particulares insten en procedimiento separado la efectividad de los derechos que les correspondan en razón a la reparación de los daños y perjuicios que se les hubiesen irrogado, no derivando la obligación de indemnizar en tal hipótesis del artículo 1.902 C. c., sino de la circunstancia de muy distinto origen que presupone injustificado el embargo preventivo, solicitando como medida cautelar para garantizar la efectividad de una pretensión, instada ante los Tribunales, que no tuvo éxito. (Sentencia de 5 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Se trataba de los daños causados por el embargo de un taxi durante la tramitación de un proceso de cognición, durante el período comprendido entre el 10 diciembre 1972 y el 26 de marzo 1974, en que se resolvió la apelación por la Audiencia Provincial, ascendiendo a 220.400 pesetas los perjuicios ocasionados por la inactividad del mismo en el citado período. Ciertamente, esta medida cautelar se adopta a riesgo exclusivo del actor; el T. S. dice que «el recurrente pudo prever el tiempo que podía durar la tramitación del juicio de cognición en que instó el embargo preventivo y sobre todo que el trámite de la apelación que interpuso podía dilatar la resolución final del asunto». Con todo, parece excesiva esa duración de más de dieciséis meses de un proceso de cognición y no resulta que el retraso le fuera imputable. ¿Podría reclamar él, a su vez, contra los órganos judiciales causantes del retraso?

A efectos formales del recurso se dice que la fuente legal de la indemnización no radica, en este caso, en el artículo 1.902 C. c. Me parece que tal declaración ha de tomarse con cautela, ya que el daño por actuaciones procesales sólo es autónomo en su tipificación normativa, pero no en su fuente última que no puede ser otra que el artículo 1.902 C. c.

G. G. C.

30. *Culpa extracontractual. Responsabilidad del arrendatario de local que almacena sin autorización sustancias inflamables.*—Responde de los

daños causados en el local el arrendatario del mismo que ejercía actividades que implicaban una puesta en riesgo para la que no contaba con la correspondiente licencia administrativa, almacenando gran cantidad de material combustible que se incendió.

Error de hecho.—Es constante doctrina de esta Sala que la facultad impugnatoria de las afirmaciones de hecho tiene carácter excepcional, estando sujeta a los requisitos siguientes: 1.º Que tales afirmaciones se hagan como resultado de la apreciación de la prueba. 2.º Que tengan influencia notoria en el fallo del pleito, de tal modo que sin ellas, habrían de quedar sin efecto o ser alterados, todos, varios o alguno de sus pronunciamientos; 3.º Que se acredite el error denunciado por acto o documento auténtico, y 4.º Que aquél evidencie, sin necesidad de acudir a ninguna operación lógica complementaria, el error en que hubiera incurrido el juzgador al ofrecer un resultado completamente distinto al que hubo de fijar o admitir el Tribunal de Instancia.

Prueba de la actividad peligrosa realizada por el arrendatario.—Es documento auténtico la certificación del Ayuntamiento de la que resulta que el demandado manipulaba goma espuma, por lo que tenía gran cantidad de bloques almacenados así como instaladas las correspondientes máquinas para el picado y corte del material, siendo una actividad superior a la autorizada que sólo comprendía la de venta de colchones no metálicos, y, además, ejercida en distinto local. (Sentencia de 8 de julio de 1982; ha lugar.)

31. *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Cauce jurisdiccional para su exigencia.*—El artículo 128 de la Ley de Expropiación Forzosa atribuyó la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual fue ratificado por su Ley Reguladora de 1956, siendo luego alterado el sistema por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuyo artículo 41 remite la cuestión a los Tribunales ordinarios cuando la Administración actúe en relaciones de Derecho Privado. La competencia de los Tribunales contencioso-administrativos procederá siempre que la actividad dañosa aparezca relacionada en el orden externo con el funcionamiento del servicio público, y, por tanto, cuando los daños han sido causados con los medios materiales precisos para satisfacer directamente la concreta necesidad pública y se produjeron en la propia mecánica de la Administración, aunque en el momento del accidente no se realizase la actividad más característica del servicio público al que se destinan.

Cita de la jurisprudencia. Defectos en que se incurre.—No está permitido utilizar frases aisladas de sentencias, arrancándolas del total contexto que las colorea y prescindiendo del caso singular a que responden, que, además, carece de la menor afinidad con la situación que el recurso analiza. (Sentencia de 19 de febrero de 1982; no ha lugar.)

Hechos.—En 1974, durante una tempestad, el gánguil Ciérvana, propiedad de la Junta del Puerto de Bilbao, colisionó contra una caseta de bombas

que la entidad demandante poseía, con la debida autorización, en la ría de Bilbao. El accidente se produjo cuando el buque intentaba resguardarse de fuerte viento y sin que se encontrase cargado con los fangos procedentes de dragado, que ordinariamente transportaba.

4. Derechos reales

32. *Párrafo segundo del artículo 38 de la L. H.*—No rige lo dispuesto en él cuando la acción contradictoria se dirige contra un derecho inscrito en posesión.

Documento auténtico.—No son auténticos a efectos de casación los mismos documentos que el juzgador examinó y tuvo en cuenta para emitir el fallo.

Apreciación de la prueba.—No cabe combatir la valoración atribuida a una prueba determinada cuando ésta ha sido apreciada en combinación con otras por el Tribunal sentenciador.

Actos propios.—La virtualidad de los actos propios, en cuanto a determinar la constitución, modificación o extinción de una relación de derecho sin posibilidad jurídica de que su autor los contradiga, requiere entre otras condiciones, que los actos propios sean jurídicamente eficaces, condición o circunstancia que no concurre en el presente caso, porque el acto se llevó a cabo por error sustancial que vicia y anula el consentimiento prestado.

Acción declarativa de la propiedad.—Esta acción no requiere que el demandado sea poseedor, siendo suficiente con que controvierta en forma efectiva los derechos del propietario.

Acción declarativa de la propiedad.—Siendo así que la pretensión deducida en la demanda es la de que se dicte sentencia «en la que reconociendo la titularidad del demandante sobre la referida parcela se ordene la cancelación de la inscripción objeto de la presente demanda», resulta claro que la acción ejercitada es realmente la meramente declarativa de la propiedad.

Cuestiones de hecho.—Las afirmaciones de la sentencia recurrida de que se ha comprobado que los títulos esgrimidos por los demandados no amparan el terreno litigioso, y que la inscripción en el Registro de la Propiedad de dichos títulos tampoco puede referirse a dicho terreno por haberse suspendido la inscripción en relación a la pretendida mayor cabida de la finca, y de que no ha transcurrido el plazo señalado en el artículo 342 de la Compilación catalana, y de que en cualquier caso no existe justo título de adquisición del terreno litigioso, son declaraciones todas ellas de carácter fáctico, que deben ser combatidas a través de la vía del núm. 7 del artículo 1.692 de la L.E.C. (Sentencia de 2 de abril de 1979; no ha lugar.)

33. *Tercería de dominio.*—Que es doctrina reiterada de esta Sala que la tercera de dominio aparece el ejercicio de una acción reivindicatoria, que

impone al tercerista la carga de la prueba de su dominio sobre los bienes cerca de los cuales proyecta su pretensión reivindicatoria, aportando a tal fin su título de dominio, lo que constituye presupuesto de admisibilidad de su demanda, tal como previene el artículo 1.537 de la Ley Procesal, titularidad dominical que ha de ser referida al momento de la práctica del embargo de bienes, en el procedimiento ejecutivo del que la tercería es incidencia.

Cosa juzgada.—Como ya esta Sala dijo en su Sentencia de 16 de febrero de 1963, la identidad de la causa de pedir se da únicamente en aquellos supuestos en los que se produce una perfecta identidad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado «y de su exigibilidad», que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción, lo que no ocurre cuando las circunstancias concurrentes en el título del actor tercerista son distintas en uno y otro proceso, al tiempo de la práctica del embargo del bien al que su pretensión reivindicatoria se dirige. (Sentencia de 22 de junio de 1982; ha lugar.)

Hechos.—Se celebró un contrato de venta a plazos de una pala cargadora, que fue embargada como propiedad del comprador, oponiéndose el vendedor a la ejecución del bien embargado, alegando el pacto de reserva de dominio. La demanda de tercería de dominio fue desestimada por el Juzgado, cuyo fallo fue revocado por la Audiencia. Prospera el recurso de casación interpuesto.

34. *Cuestión nueva.*—Al disponer el número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la declaración primera del artículo precedente, que no habrá lugar a la admisión del recurso de casación por infracción de ley cuando la ley o doctrina que se reputen como infringidas se refieran a cuestiones no debatidas en el pleito, no sólo señala un límite a la materia propia de tal recurso, sino que establece uno de sus caracteres principales, que es el de servir de medio revisorio, en interés inmediato de los litigantes y mediato de la ley, de las extralimitaciones que se hayan podido cometer en la instancia y que se denuncien en el recurso, por lo que una reiterada doctrina de esta Sala tiene declarado que deben ser reputadas como cuestiones nuevas, a todos los efectos, las suscitadas con posterioridad a los períodos de alegación y discusión, concretamente en el escrito de contestación y, en su caso, en el de réplica, en la cual el demandado deberá hacer uso de las excepciones perentorias que tuviera (artículo 542), de tal suerte que en el de contestación el demandado fijará concreta y definitivamente los puntos del debate (artículo 548) y cierra la posibilidad de introducir en el proceso otros medios de defensa, máxime cuando el artículo 540 impone al demandado la obligación no sólo de fijar con claridad y precisión lo que se pida, sino también la de puntualizar los hechos y fundamentos de derecho, de suerte que la contestación mantiene «lato sensu» un valor procedimental ligado al principio de preclusión o preclusivo, en terminología que ya empleó la Sentencia de esta Sala de

7 de marzo de 1946, que atribuye a los momentos y fases procesales un contenido inalterable, quedando, en suma, cerrada con la contestación la posibilidad de introducir en el proceso nuevos medios de defensa.

Legitimación del Presidente de la Comunidad.—Según una doctrina jurisprudencial reiterada la actuación representativa del Presidente, colocada en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria, lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él (preámbulo de la Ley de Propiedad Horizontal), y en ese sentido no ostenta una representación en sentido técnico, sino que actúa como un órgano del ente comunitario sustituyendo con su voluntad individual la social común, con la posibilidad de considerar lo realizado por el Presidente no como hecho en nombre de la Comunidad, sino como si ésta misma fuese quien lo hubiera realizado, sin perjuicio de la relación interna entre Presidente y Junta de propietarios, a quien deberá responder de su gestión. Habremos de considerar lo realizado por el Presidente, al menos en aquello que favorezca o no perjudique a los demás propietarios, como hecho directamente por ellos, por lo que habrá de entenderse dirigida la acción contra todos los propietarios a quienes el asiento que se trataba de rectificar concedía algún derecho y, por ende, no puede estimarse infringido el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Requisitos para que una parte del edificio pueda ser considerada como propiedad privativa.—Son los de constituir un espacio suficientemente delimitado y ser susceptible de aprovechamiento independiente, aclarándose en el artículo 396 del Código civil, como una condición de esta independencia de aprovechamiento, la necesidad de tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, salida que no exige que sea directa; no cabe duda que tales requisitos habrán de estimarse cumplidos en el caso de autos. En modo alguno empaña su carácter de bien privativo que dicha salida se efectúa a la vía pública a través del resto de la vivienda situado dentro del edificio de la casa. (Sentencia de 26 de mayo de 1982; no ha lugar.)

Hechos.—Se promueve ante el Juzgado demanda contra la Comunidad de Propietarios de la casa número 15. Recayó sentencia de la Audiencia Territorial en la que, revocando la del Juzgado, se declaraba que la demandada, como propietaria de la planta baja de la casa número 14, debe contribuir a los gastos comunes de la Comunidad actora por razón de las dos habitaciones de su propiedad, que corresponden al edificio de esta Comunidad, debiéndose fijar en ejecución de sentencia la cuota de participación que corresponda. No prospera el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Me remito a lo afirmado en la anotación a la Sentencia de 5 de marzo de 1982 sobre la legitimación del Presidente de la Comunidad, en este fascículo del ANUARIO.

35. *Sentencia recurrida. Base fáctica.*—La única vía o cauce adecuado es el que autoriza el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Propiedad horizontal. Obligación del propietario.—El artículo 9-5.ª de la vigente Ley de Propiedad Horizontal previene como una de las obligaciones del propietario la de contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título, o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para adecuado sostenimiento del inmueble y sus servicios, sin que, como pone de manifiesto el citado artículo en su número 6, exima de esa obligación la no utilización de dichos servicios.

Impugnación del acuerdo.—No cabe entender que se haya producido violación alguna del artículo 6, número 3, del Código civil, ni de la doctrina legal contenida en la invocada Sentencia de 5 de abril de 1978, ya que tanto aquel precepto como esa doctrina sólo tienen aplicación para el caso de acuerdos viciados con nulidad radical o absoluta, pero no para el caso, ahora contemplado, de impugnación que se contrae en realidad y en definitiva a acuerdos que alcanzan un elemento común, con sometimiento a las normas de la ley o a los estatutos, y que de tener posibilidad de viabilidad viene sometida, por su propia naturaleza, a las reglas contenidas en la tan citada norma 4.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Facultad del propietario.—A tenor del derecho que le confiere el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, que en cuanto dispone que ningún propietario puede exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble según su rango, evidentemente faculta «a sensu contrario» para recabar las instalaciones, servicios o mejoras requeridos a los fines expresados en aquel precepto, y entre ellos, claro está, los radiadores precisos, que no lo hubieran sido, para recibir el servicio de calefacción, en forma normal al que se tenga derecho conforme a las normas de la Comunidad de Propietarios.

Criterio del Tribunal de Instancia.—No puede ser sustituido por el propio y exclusivo criterio del recurrente en este extraordinario y singular recurso, según tiene reiteradamente declarado esta Sala. (Sentencia de 3 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

Hechos.—El recurrente se negó a pagar la parte correspondiente a los gastos comunes de calefacción, alegando que no usa de tal servicio. El Juzgado, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo consideran que el recurrente está obligado a pagar la parte correspondiente por el servicio de calefacción.

NOTA.—Parece indudable el acierto de la sentencia que anotamos, puesto que el párrafo final del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal es sumamente expresivo en el sentido de que la no utilización de un servicio (en el supuesto analizado, el de calefacción) no exime del cumplimiento

de las obligaciones correspondientes. Como apunta PUIG BRUTAU (*Fundamentos del Derecho civil*, III, 2.º, Barcelona, 1973, p. 136), esta contribución a los gastos se rige, ante todo, por lo que se haya expresamente convenido, y a falta de pacto, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título. En el caso que examinamos no existía un acuerdo que determinase la exclusión del recurrente de contribuir, de acuerdo con su cuota de participación, a los gastos originados por el servicio de calefacción. No estamos, desde luego, ante un caso como el contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1970, cuya doctrina es expuesta por el autor citado.

A. C. S.

36. *Documentos públicos. Eficacia frente a tercero.*—La escritura pública respecto de los no otorgantes sólo garantiza la verdad del hecho que motiva su otorgamiento y su fecha, derivada de su autenticidad externa, pero no garantiza la exactitud de las manifestaciones hechas por los interesados, pues la verdad de ellas escapa a la apreciación notarial, y de igual forma ocurre con la intención que se oculte o disimule por los intervinientes. De este modo las manifestaciones de los otorgantes no hacen prueba contra un tercero, como es el Estado, que reivindica como dominio público un terreno.

Acción reivindicatoria. Identificación del objeto.—El requisito de identificación tiene dos aspectos: fijarse con claridad y precisión la situación, cabida y linderos de la finca reclamada y acreditar prácticamente en el juicio que el terreno reclamado es el descrito, debiendo señalarse que la decisión judicial sobre este extremo tiene el carácter de hecho. Realizada debidamente la identificación de los bienes reivindicados, no es preciso acudir a su deslinde, en este caso administrativo, porque ha quedado acreditado, tanto por informes periciales como por reconocimiento de las partes, que las subparcelas reivindicadas son: la B) y la C), auténticas playas (lo que supone su carácter de bienes de dominio público); y la D), una choza construida en la subparcela C).

Caracteres del dominio público.—Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles y tal normativa rige mientras no se produzca desafectación o cambio de destino. (Sentencia de 9 de junio de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Las actuaciones procesales tienen su antecedente en el expediente de investigación iniciado por la Dirección General del Patrimonio del Estado en relación con la Laguna Goleta, situada en el Delta del Ebro, término municipal de El Perelló. Concluido el expediente, el Abogado del Estado formuló acción reivindicatoria sobre tres subparcelas que constitúan playa, es decir, zona de dominio público.

A pesar de que la reivindicación prosperó y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, su sentencia no contiene una exposición completa sobre la de demanialidad de las playas, aunque explícitamente las atribuye dicha condición. Se echa en falta, sobre todo, la cita del artículo 132 de la Constitución que, después de señalar los caracteres del dominio público (apartado 1), establece: «Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo terrestre, las playas...» (apartado 2).

P. E. A.

37. *Bienes de dominio público. Carga de la prueba.*—La condición de bienes de dominio público de los bienes reivindicados obliga al particular que se crea asistido de algún derecho real sobre los mismos a probar que han sido oportunamente desafectados por la Administración de tal carácter o del servicio a que estuviesen destinados.

Domínio de particulares sobre terrenos de la zona marítimo-terrestre. Supuestos.—La jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado que la pretensión obstativa del particular sólo puede prosperar si demuestra la desafectación de los bienes o que su alienabilidad ha sido autorizada o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880.

Bienes de dominio público. Caracteres.—Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, como señala el artículo 5, párrafo 1.º, de la Ley de 7 de marzo de 1940, y los hechos obstativos a tal condición no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues al estar fuera del comercio de los hombres llevan en su peculiar destino la propia garantía de su inatacabilidad e inmunidad, debiendo recordarse, a este efecto, que la inscripción registral tiene sólo una presunción «iuris tantum» de exactitud. (Sentencia de 5 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia reseñada pone término a los procesos seguidos por la Abogacía del Estado y el Ayuntamiento de San Carlos de la Rápida sobre el dominio público de la península de Los Alfaques. En su criterio, afirmando el dominio público de los terrenos que forman parte de las playas y de la zona marítimo-terrestre, continúa el camino marcado por las sentencias de esta misma Sala del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1977, 25 de octubre y 2 de diciembre de 1976, 7 de mayo de 1975, 3 de junio de 1974 y 28 de noviembre de 1973 (véase un comentario de ellas en «La zona marítimo-terrestre», en este ANUARIO, XXXI-I, 1978, págs. 201 y ss.). La cita de la Ley de 7 de marzo de 1940 es notoriamente inadecuada, pues dicha Ley estableció el régimen jurídico del Patrimonio Nacional, cuyos bienes no tienen una perfecta naturaleza demanial (actualmente el Patrimonio Nacional se rige por la Ley de 16 de junio de 1982, reseñada en este ANUARIO, XXXV-III, información legislativa, disposición número 8).

P. E. A.

38. *Medianería. Su naturaleza. Derechos de los dueños del muro medianero.*—Aun cuando existan opiniones diversas acerca de la naturaleza jurídica de la medianería (que nuestro C. c. encuadra dentro de las servidumbres), parece prevalecer la de que, sin podersele negar absolutamente esa condición, prevalece la de «mancomunidad» que le atribuye el art. 579, o sea, copropiedad regida aparte su carácter necesario, por normas específicas y de preferente aplicación, respecto de las genéricas debiendo especialmente rechazarse su conceptualización como propiedad privativa de los dueños de los precios colindantes sobre la pared dividida por una línea constituida por el eje de su grueso de tal suerte que el límite de las propiedades privativas lo constituyera ese eje, criterio al que de alguna manera

parece responder la técnica constructiva empleada en el presente caso por la parte demandada al elevar la pared medianera utilizando para el realce únicamente la mitad del ancho recayente a su predio; debiendo también distinguirse cuidadosamente en el régimen especial de esta copropiedad de especial naturaleza, de una parte el derecho que el artículo 577 reconoce a todo propietario de alzar a sus expensas la pared medianera indemnizando los perjuicios que se ocasionaren con la obra si efectivamente se produjesen, derecho éste que es el único que la parte demandada ha utilizado elevando del modo dicho el muro medianero, lo que parece irreprochable y, de otra parte, los diferentes derechos, distinguibles del de alzarla, que sobre la pared medianera regula el artículo 579 y que por ahora son ajenos a las cuestiones debatidas, puesto que se limita y contrae el recurso a la legitimidad de la alzada efectuada; siendo estos otros derechos —que, otra vez sea dicho, no se han ejercitado por ninguna de las dos partes en liza— los de usar de la pared medianera en proporción a su derecho y así edificar apoyando su obra en la pared medianera o introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, aunque sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros, siendo inexcusable para usar según la Ley de este derecho que se obtenga previamente el consentimiento de los demás condóminos y que, si no se obtuviere previamente, se fijen por peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique los derechos de aquéllos. (Sentencia de 5 de junio de 1982; no ha lugar.)

39. *Casas baratas. Disolución del condominio de un piso.*—Por tratarse de una vivienda de las denominadas «Casas Baratas», intransmisible, salvo por herencia o donación al sucesor, durante el plazo de cincuenta años, cuyo régimen jurídico inicial fue sustituido por diversas disposiciones ulteriores, entre las que se encuentra el Decreto-Ley de 24-7-68, todavía vigente, no pueden prosperar los motivos del recurso que alegan la intransmisibilidad de la finca y, por consiguiente, la imposibilidad de venderla en pública subasta para extinguir el condominio existente sobre la misma, porque la Disposición Transitoria 2.ª del citado Decreto-Ley, que es precisamente el que regula concretamente lo que aquí es objeto de controversia, previene que los expedientes iniciados al amparo de cualquiera de los regímenes derogados por la Ley de «viviendas de protección oficial» y en los cuales hubiera recaído resolución definitiva continuarán rigiéndose por las disposiciones de su legislación respectiva, en cuanto se refiere al régimen de construcción y auxilios económicos, sometiéndose a este Reglamento en todo lo demás, incluso en los beneficios fiscales, añadiendo que, *por excepción*, el plazo de cincuenta años señalados en el artículo 100 quedará reducido al fijado en la respectiva resolución de *calificación provisional*. Y siendo así que la calificación provisional de la vivienda controvertida es de 23-3-1928, no cabe duda que al formalizarse la demanda el 30-6-78, habrán transcurrido ya los cincuenta años de su transmisibilidad. (Sentencia de 24 de mayo de 1982; no ha lugar.)

40. *Juicio declarativo posterior a interdicto de obra nueva. Objeto del proceso.*—El objeto propio del proceso que puede iniciarse con arreglo al

artículo 1.671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es ventilar si asiste al demandante el derecho a continuar la obra con los balcones voladizos y los huecos para vistas sobre la finca ajena, cuestión que no puede desvincularse de si persiste en el patrimonio del demandado el dominio sobre dicha finca.

Finca expropiada. Transferencia de su propiedad.—El demandado se encuentra legitimado para intervenir en los procesos relativos a la finca, sin que lo estorbe la posesión administrativa en que se halla la entidad expropiante, pues en el tiempo transcurrido entre el depósito previo a la ocupación y el pago definitivo no se produce la transferencia de la titularidad dominical, que sólo acaece con el pago o consignación del justiprecio. Permaneciendo el derecho de propiedad en el patrimonio del expropiado, éste se encontraba habilitado para oponerse, con éxito, a la continuación de las obras proyectadas por el demandante. (Sentencia de 8 de febrero de 1982; no ha lugar.)

41. *Congruencia de la sentencia. Significado.*—El principio de congruencia prohíbe toda resolución «extra petita», pero no impone más que una racional adecuación a las peticiones de las partes y a los hechos en que se basan; por ello, prestando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y de los acaecimientos narrados por los contendientes, puede el órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más apropiada, aplicando incluso normas no invocadas por los litigantes, siempre que no implique una alteración de la pretensión, siendo además intrascendente, a este respecto, los razonamientos que sirvan de fundamento al fallo, cuando tales requisitos hayan sido cumplidos.

Servidumbre natural de aguas. Exigencia de su discurrir natural.—De la regulación, que hace el artículo 69 de la vigente Ley de Aguas de 1879, de la servidumbre nacida de la situación de los fundos, se desprende que ha de tratarse de aguas que discurran naturalmente, sin obra del hombre, supuesto que no es el contemplado en el presente caso, en el cual el vertido de aguas conflictivo es consecuencia de la construcción por la entidad recurrente de catorce canales o desagües, razón por la cual el vertido no es consecuencia de un curso natural. (Sentencia de 8 de abril de 1982; no ha lugar.)

42. *Aprovechamiento de aguas. Sistema de prioridad real.*—En virtud del sistema de prioridad real, que informa el artículo 24 de la Ley de Aguas de 1879, tiene declarado esta Sala que los derechos concedidos a los propietarios de los terrenos no son absolutos, sino que se hallan subordinados en la explotación de las aguas, tanto corrientes como subterráneas, a que exista otro derecho preferente que pueda resultar perjudicado y que es obligatorio respetar.

Proceso interdictal. Eficacia.—Es anómalo que se intente dar prevalencia a la fundamentación lógico-jurídica y a las pruebas practicadas en un proceso meramente cautelar, que dispensa una tutela provisional y restringida, frente al amplio contenido de los medios de conocimiento que proporciona el juicio declarativo posterior; por otra parte, es reiterada la doctrina jurisprudencial de que carecen de la nota de autenticidad, a efectos casacionales, las actuaciones y sentencia de otro litigio, carácter del que también carece un acta notarial. (Sentencia de 3 de marzo de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—El principio de «prioridad real» fue declarado, según afirma esta sentencia, por las de 30 de marzo de 1962 y 30 de junio de 1973, ratificando tesis ya mantenidas por las de 29 de octubre de 1907 y 22 de noviembre de 1915. Como antecedentes fácticos se describen los siguientes: Las aguas que brotan del paraje llamado «Brañas de Cebanela» fluyen por dos cauces, que luego se unen, y han sido aprovechadas por los demandantes, desde hace más de veinte años, para regar sus fincas destinadas a prado. Tal aprovechamiento se ha visto alterado por los demandados que, en 1975, captaron la mayor parte de dichas aguas para abastecer sus domicilios, de forma que, en época de estiaje, el agua restante no es suficiente para el adecuado riego de las fincas.

Del supuesto de hecho indicado se desprende lo discutible de hacer referencia al artículo 24 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 como soporte del principio de prioridad real, que informa el régimen de los aprovechamientos eventuales de aguas públicas, pues dicho precepto es sólo aplicable al alumbramiento de aguas subterráneas.

Por el contrario, parece concurrir aquí el supuesto previsto por el artículo 149 de la misma Ley, es decir, la usucapión del derecho al aprovechamiento de las aguas, al haber transcurrido más de veinte años disfrutándolas, sin oposición de la autoridad ni de tercero. En tal situación, por haberse consolidado el derecho, resultaría ya superflua toda discusión sobre posibles preferencias de los llamados aprovechamientos eventuales de aguas superficiales (arts. 5, 7 y 10 de la Ley), sin perjuicio de que el aprovechamiento consolidado para riego pudiese ser expropiado en beneficio del abastecimiento de población, que tiene condición preferente (arts. 160 y 161).

Una exposición general de estos temas puede verse en F. FUENTES BODELÓN, «Derecho Administrativo de los Bienes», ENAP, 1977, págs. 264 y sig., y «La prescripción en las aguas públicas», ENAP, 1972, págs. 27 y sig., y A. GUAITA, «Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas», Civitas, 1982, páginas 133 y sig.

P. E. A.

43. *Retracto arrendaticio urbano. Requisitos. Doctrina general.*—El ejercicio del retracto por el arrendatario al amparo de la L.A.U. exige para su estimación: a) Que se trate de una venta o cesión solutoria de una vivienda o local de negocio, sobreentendiéndose que tal venta o cesión han de ser válidas por no adolecer de vicios y reunir todos los requisitos legales para su validez, debiendo precisar el retrayente en caso de concurrir una transmisión válida con otra que no lo es a cuál se refiere de manera inequívoca; b) Que la acción se ejercite por el arrendatario, carácter que se ha de tener en el momento de producirse la transmisión onerosa o al hacerse efectivo extrajudicialmente el derecho de retracto; c) El retrayente ha de serlo de toda la finca transmitida, de modo que no resulta posible el ejercicio del retracto cuando el arrendador enajena una porción de finca mayor que la que el arrendatario tenía arrendada; d) Que la acción se ejercite en el plazo de

sesenta días a partir de la notificación fehaciente al arrendatario de las condiciones esenciales de la venta, la cual no es necesaria cuando se pruebe el conocimiento cabal y completo por el retrayente de la operación de venta, así como de todas sus condiciones esenciales; e) Por último, el retrayente habrá de reembolsar al comprador el precio de la venta y, además, los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

Títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad. No lo es la demanda de retracto arrendaticio urbano.—Los títulos inscribibles en el Registro Inmobiliario, a tenor del artículo 3.º de la L.H., son únicamente las escrituras públicas, las ejecutorias y los documentos que expresa el precepto, ninguno de los cuales es documento privado, a cuya clase pertenece el que sirve de fundamento al primero de los pedimentos de la demanda; en otro aspecto, una interpretación lógica del artículo 6.º L.H. no permite deducir que el titular de un mero derecho personal, como el arrendatario de un inmueble, pueda alegar un interés suficiente para asegurar el derecho que se deba inscribir, cuando el contexto de esta norma se refiere a titulares dominicales o sus representantes, o a quienes puedan ostentar garantías de naturaleza real o la titularidad de derechos reales limitados sobre bienes inmuebles, salvo los casos en que legalmente procediera la inscripción. (Sentencia de 24 de mayo de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia «docta» (Pte. Santos Briz), que hace un acertado resumen de los requisitos que conlleva el ejercicio de la acción de retracto urbano, cuya frecuencia ha disminuido considerablemente. En cuanto a la inscripción de la demanda, obsérvese que no se trataba de inscribir el derecho arrendaticio al amparo del artículo 2.º, núm. 5.º, de la L.H., ni tampoco de que este derecho estuviera inscrito ya. Otra cosa hubiera sido la solicitud de una anotación preventiva, que parece encajar sin esfuerzo en el artículo 42, núms. 1.º, L.H.

G. G. C.

44. *Retracto arrendaticio rústico. Defectos del recurso. Forma del contrato de arrendamiento.*—No puede prosperar el recurso que acusa la infracción por violación consistente en aplicación indebida del artículo 1.618, 3, de la L.E.C., por no haber acompañado el retrayente con su demanda alguna justificación del título en que se funde el retracto, ni ofrecer acreditarlo después, en primer lugar, porque el artículo que se cita como infringido carece de carácter sustantivo a los efectos de este recurso de casación, al ser una norma procesal relativa a uno de los requisitos para que pueda darse curso a las demandas del retracto regulado en el Código civil; en segundo lugar, porque aunque se probó en la instancia que el título arrendaticio alegado fue de naturaleza verbal y no escrita, es suficiente el contrato verbal de arrendamiento para poder ejercitar esta acción, puesto que el artículo 16 de la Ley de 15-3-35, aplicable como norma específica en el aspecto sustantivo al retracto en litigio, no exige que el contrato básico del retracto conste por escrito, máxime cuando el criterio formalista para el ejercicio del retracto a base de contra escrito y posterior inscripción que exigía en su redacción originaria la citada Ley fue modificado en sentido

espiritualista por la de 23-7-42, cuyo artículo segundo concedió a los contratos verbales iguales efectos que a los escriturados.

Retracto arrendaticio. Caducidad del plazo de ejercicio.—Tampoco puede prosperar el motivo que denuncia la violación por no aplicación del artículo 16, 4 de la L.A.R. de 1935, por entender que cuando se ejercitó el retracto por el arrendatario recurrido había ya transcurrido con exceso el plazo de caducidad, contando desde la celebración del acto de conciliación, intentado por el retrayente después de presentada su demanda, hasta que el mismo aportó a los autos certificación del expresado acto; y ello porque como se deduce del ordenamiento aplicable en general a las acciones de retracto, este derecho de preferencia se ejercita mediante presentación de la oportuna demanda, pudiendo, por la premura del plazo en ciertos casos, intentarse posteriormente acto de conciliación (arts. 1.621 y 1.622 de la L.E.C.); de suerte que una vez presentada la demanda, con la cual se tiene por «intentado el retracto», la ley no señala plazo para aportar a los autos la certificación del acto de conciliación cuando éste se solicita «a posteriori» de la presentación de aquel escrito inicial, sin perjuicio de los derechos que en su caso pueda tener el propietario demandado de retracto en supuesto de abuso de derecho o de perjuicios antijurídicos soportados por el mismo, hipótesis que no fueron alegadas en la instancia; por todo ello, ha de considerarse que habiendo tenido conocimiento de la transmisión el retrayente recurrido el 28-5-79 y presentada la demanda el día 11 del mes siguiente, ha de estimarse ejercitada la acción de que se trata dentro del plazo legal cualquiera que sea la duración del litigio, salvo los supuestos de excepción expresados. (Sentencia de 14 de junio de 1982; no ha lugar.)

45. *Retracto de comuneros. Compraventa simulada que encubre una donación. Renuncia o caducidad de la acción.*—Es razonable la actitud del juzgador de instancia que rechaza la acción de retracto fundándose, de una parte, en la inexistencia de una verdadera venta, toda vez que ésta fue simulada y encubría una donación excluyente del derecho de retracto; y de otra parte, en que, aunque por hipótesis se admitiese la existencia de compraventa —lo que se niega dada la «evidencia de la simulación aducida»— siempre resultará que la conducta del retrayente conocedor de la transmisión operada a favor del demandado, al dejar transcurrir un larguísimo período —alrededor de nueve años— habrá provocado la pérdida del derecho de retracto por renuncia (tácita) o caducidad. (Sentencia de 26 de mayo de 1982; no ha lugar.)

6. Derecho de sucesiones

46. *Título para reivindicar. Transmisión hereditaria del dominio. Requisitos.*—La disolución de la comunidad hereditaria, en orden a su efecto de convertir el derecho abstracto en titularidades concretas sobre bienes determinados, entrañará la atribución del dominio siempre que este derecho

esté verdaderamente contenido en el caudal relicto, presupuesta su real pertenencia al as hereditario, pues mal podría operarse el fenómeno sucesorio cuando el bien concreto no forma parte del acervo transmitido, de forma que no basta al coheredero adjudicatario con basarse en la partición para acreditar su dominio, sino que precisa la cumplida prueba de que pertenecía al causante el bien adjudicado.

Naturaleza de la intervención judicial en el juicio de testamentaria.—La aprobación judicial recaída en un juicio de testamentaria no varía la naturaleza del acto particional y no produce el efecto de cosa juzgada.

Pasividad del titular. No acarrea la pérdida de su dominio.—La pasividad del titular no puede privarle del dominio si no se produce una adquisición contraria por alguno de los modos previstos en el artículo 609 del Código civil; ni la falta de oposición en los juicios de abintestato o testamentaria significa la pérdida del dominio del coheredero sobre los bienes ajenos a la masa partible, aunque incluidos indebidamente en el inventario. (Sentencia de 3 de febrero de 1982; no ha lugar.)

47. *Comunidad hereditaria. Actuación de un heredero en beneficio de la masa común.*—Es doctrina conocida que, producida la delación de la herencia, caso de pluralidad de llamados, puede cualquiera de los herederos ejercitar en beneficio de la masa común las acciones que correspondían al causante, sin necesidad de poder conferido por los demás sucesores, aunque a éstos no les perjudica la sentencia adversa. (Sentencias de 18 de diciembre de 1933, 26 de junio de 1948, 17 de marzo de 1969 y 29 de mayo de 1978).

Aceptación tácita de la herencia. Hechos que la suponen.—Ya decidió la jurisprudencia que suponían aceptación tácita los actos del heredero consistentes en el cobro de los créditos hereditarios o el hecho de interponer demanda relativa a los bienes relictos; doctrina aplicable al presente caso, en que, no sólo ha sido demostrada la intención del coheredero que, por sí y en nombre de los demás compareció para reclamar un crédito hereditario, sino que esa manifestación de la voluntad de aceptar la herencia de su padre tuvo claros precedentes (Sentencias de 6 de julio de 1920 y 13 de marzo de 1952). (Sentencia de 15 de junio de 1982; no ha lugar.)

II. DERECHO MERCANTIL

48. *Incongruencia de la sentencia.*—No son susceptibles de tal vicio las sentencias absolutorias, cual es la que ahora se impugna, salvo cuando concurren circunstancias excepcionales que aquí no existen.

Amplitud de la representación del factor. Poder limitado a los actos de administración. Carácter dispositivo del acto de recibir dinero a préstamo.—Si bien es cierto que el artículo 285 C. de c. dice que recaerán sobre los comitentes todas las obligaciones contraídas por los factores, ello ha de ser

«contratando en los términos que previene el artículo precedente», o sea el 284, en el que se preceptúa que «en todos los documentos que suscriban (los factores) en tal concepto, expresarán que lo hacen con poder o en nombre de la persona o sociedad que representen», y entrando en juego un poder, cual aquí sucede, habrá que estar a su contenido y alcance sin que puedan admitirse otras facultades que las que en el mismo concedidas, apreciando en este caso que tienen como límite las relativas a los actos de administración del negocio hotelero, no incluyendo los de carácter dispositivo entre los que está comprendido el recibir dinero a préstamo, inhábil de suyo por tanto, para obligar al comitente.

Claridad y precisión del recurso.—El alegar en un solo motivo, aunque después se desarrolle en dos submotivos, formulados conjuntamente, a través del núm. 7 del artículo 1.692 de la L.E.C., el error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, mezclando dos tipos de denuncias, una de orden jurídico y otra de carácter fáctico, respecto de la misma valoración probatoria, contraviene la interpretación dada por la doctrina jurisprudencial de este T. S. de la exigencia de claridad y precisión del artículo 1.720, incurriendo en la sanción del núm. 4 del 1.729, que lo es de desestimación en este trámite. (Sentencia de 26 de junio de 1978; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

49. *Litisconsorcio pasivo necesario.*—La demanda inicial a los fines de pronunciamiento sobre la validez de la cesión de derechos de socio cooperativista en cuestión, ha de proponerse válidamente por el cesionario, no solamente contra el cedente y su esposa, sino también contra la cooperativa, produce la situación de litisconsorcio pasivo necesario, fórmula recogida en algún Código procesal reciente, disponiendo que «cuando la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes, éstas habrán de accionar o ser demandadas en el mismo proceso» (art. 102 del Código italiano de procedimiento), que es también la adoptada por esta Sala en numerosas sentencias, como racional y obligada consecuencia de la naturaleza de que pueda pronunciarse una decisión con referencia a las varias personas, físicas o jurídicas, que puedan estar interesadas en la relación jurídico-procesal objeto del proceso, y la resolución que haya de recaer alcance a derechos y obligaciones que les afecten, y a uno de ellos no interviniente, y concretamente, como en el presente caso ocurre, por imponerlo esa actuación conjunta, al tratarse de relación jurídica inescindible.

Apreciación de situación de litisconsorcio pasivo necesario. Materia de orden público procesal.—La apreciación de la situación de litisconsorcio pasivo necesario lleva a casar la sentencia recurrida, aun sin precisión de que haya sido alegada ni sirva de soporte a los motivos en que se basa el presente recurso, puesto que como tiene declarado esta Sala, en sentencia de 29 de mayo de 1981, reiterando otras anteriores, la defectuosa constitu-

ción de la relación procesal y consorcio necesario, por ser materia de orden público procesal, no sólo puede estimarse de oficio, sino que es obligado hacerlo en cumplimiento del deber de cuidar que el litigio se ventile entre todos los que puedan ser afectados. (Sentencia de 8 de julio de 1982; ha lugar.)

Hechos.—Un socio cooperativista y su esposa cedieron onerosamente a un tercero los derechos que tenían en una cooperativa de viviendas de protección oficial. En virtud de esta cesión se transmitió al tercero cesionario los derechos que correspondían al cedente y su esposa en la cooperativa con la vivienda adjudicada. La Junta rectora de la cooperativa no autorizó la referida cesión, por impedirlo los estatutos de la cooperativa y el artículo 49,4 del Reglamento de Cooperación, de 13 de agosto de 1971. Por este motivo, el cedente y su esposa se negaron a dar efectividad a la cesión, ante lo cual el cesionario demandó exclusivamente al cedente y su esposa. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. Prospera el recurso de casación interpuesto por el cedente y su esposa.

NOTA.—Aunque el Tribunal Supremo no abordó el problema de la aplicación de la normativa legal sobre cooperativas, conviene destacar que la Ley de 2 de enero de 1942 y el Reglamento de 13 de agosto de 1971, que fueron invocados por las partes, no se aplican en la actualidad. El problema de fondo (la cesión de los derechos del socio cooperativista a un tercero) habrá de ser resuelto ahora en base a lo dispuesto en la Ley General de Cooperativas, de 19 de diciembre de 1974 («B. O. E.», de 21 de diciembre) y en el reglamento de Cooperativas, de 16 de noviembre de 1978 («B. O. E.», de 17 de noviembre).

A. C. S.

50. *Concepto de la infracción.*—No se especifica ni concreta cuál sea el concepto de la infracción que se reprocha, como ordena hacerlo el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, si por violación, interpretación orrúnea o aplicación indebida de aquel artículo valorativo de la prueba, omisión que por sí sola bastaría para rechazar el motivo.

Confesión.—En nuestro sistema, de libre apreciación de la prueba, la confesión ya perdió aquel carácter de «regina probatium», ya no es prueba plena, salvo lo dispuesto para el juramento decisorio en el párrafo 2.º del artículo 580 del Código civil, sin que el Juez esté obligado a seguirla en su resultado, sin perjuicio de valorarla en relación con las demás pruebas, mas sin prevalente exclusividad y, en fin, porque, como añade la Sentencia de 6 de octubre de 1970, para que la confesión alcance fuerza probatoria ha de ser explícita, categórica y absoluta, circunstancias todas estas que no concurren en el caso del proceso.

Pérdida de eficacia de la confesión.—Tiene lugar cuando al hacerla se hubiera incurrido en error de hecho.

Documentos auténticos.—Los documentos que se citan no tienen el carácter de auténticos, por haber sido ya estudiados por la Sala de Instancia como base de su liquidación.

Error de derecho.—El artículo 1.253 del Código civil, por no contener norma valorativa de prueba que hubiera podido ser desconocida por el juzgador, no puede fundar el recurso por esta vía propuesta.

Presunción.—No es doctrina fijada, debido a la peculiar naturaleza de este medio de prueba, que las más de las veces depende de la decisión del juez, que pueda ser exigible a éste su utilización y aplicación, precisamente por la necesidad de garantizar al máximo la objetividad e imparcialidad de su juicio, impidiendo la entrada en él, en lo posible, del elemento subjetivo que entraña siempre la operación lógica y racional de la presunción, causa que siempre se haya considerado a este medio de prueba como subsidiario, a falta de prueba directa. Es criterio de la doctrina legal al establecer que no se infringe el artículo 1.253 del Código civil si el tribunal no lo emplea o aplica, o que es excepcionalmente admisible que pueda impugnarse la omisión de la llamada prueba de presunciones, o a lo más que sí puede ser exigible su uso, y sancionarse su omisión, cuando el tribunal debía tratar de ella por venirse discutiendo la presunción por las partes desde el escrito de demanda y en la parte expositiva del pleito, dado que la citada norma no contiene propiamente una norma imperativa de apreciación probatoria.

Supletoriedad de la presunción.—Su uso ha de ceder ante la existencia de otras pruebas directas o de una apreciación conjunta de ellas, sin ser lícito al recurrente pretender sustituir con su juicio presuntivo la conclusión judicial resultante de una apreciación conjunta. (Sentencia de 21 de octubre de 1982; no ha lugar.)

51. *Sentencia contradictoria.*—Lo que el núm. 4 del artículo 1.692 de la L.E.C. permite aducir como causa de infracción es que el fallo contenga disposiciones contradictorias precisado de manera inalterada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala en el sentido de que la contradicción ha de resultar de los términos del fallo entre sí, de tal modo que suscite dudas fundadas su ejecución ante la realidad antagónica de dichos términos, pero no entre los hechos aceptados por la sentencia y el fallo, ni entre éste y algunos de los considerandos de aquélla, ni mucho menos entre algunos de éstos. (Sentencia de 19 de mayo de 1978; no ha lugar.)

52. *Interpretación del contrato.*—Como reiteradamente ha declarado esta Sala la interpretación de los contratos es facultad exclusiva del Tribunal sentenciador y su criterio ha de prevalecer sobre el del impugnante, a menos que demuestre en forma inequívoca que dicha interpretación es ilógica o arbitraria.

Valoración del documento.—Debió hacerse uso del cauce que marca el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que esta Sala pudiera acceder a la valoración del documento que lo contiene.

Consentimiento tácito del comitente a la realización de las obras por el contratista.—La naturaleza arcillosa del terreno determinó «... la adopción de

medidas urgentes y apropiadas para conjurar incluso el estado de peligro o de grave riesgo de la cimentación...», lo que evidentemente supone un beneficio para el propietario del inmueble, sin olvidar que no consta mediara en ningún momento protesta por su parte, ausencia de reparos que conducen a la existencia de un consentimiento tácito ya admitido por esta Sala en otras ocasiones para estos supuestos (Sentencias de 25 de noviembre de 1966 y 7 de junio de 1977). (Sentencia de 21 de junio de 1982; no ha lugar.)

Hechos.—Se celebró un contrato de obra, por cuya virtud el contratista se comprometió a construir cuatro viviendas y un sótano. El contratista realizó determinadas actividades de construcción, no contratadas en un principio, que determinaron el aumento del precio inicialmente acordado. Al negarse el comitente a pagar la totalidad del precio reclamado por el contratista, éste interpuso la oportuna demanda. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia Territorial revocó el fallo del mismo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el contratista.

NOTA.—Estamos ante un problema que se plantea con cierta frecuencia ante los Tribunales, debido a la complejidad de la construcción de los inmuebles. Es el problema de la reclamación por el contratista de los trabajos de construcción adicionales, que es solucionado por el artículo 1.593 del Código civil al disponer en su inciso final que el contratista puede pedir aumento del precio «cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario».

En el supuesto de la sentencia que anotamos no consta la autorización expresa del propietario-comitente a las obras adicionales efectuadas por el contratista, pero nuestro Tribunal Supremo estima que ha existido una autorización tácita de aquél, que deduce de la ausencia de reparos a las obras adicionales efectuadas por el contratista. Nuestro Tribunal Supremo entiende que cabe perfectamente la autorización tácita del propietario-comitente, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial.

Como hemos apuntado en las anotaciones a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1982 (en este ANUARIO, 1982, III, pp. 952-953), 31 de octubre de 1981 (en este ANUARIO, 1981, III, pp. 896-898), 17 de diciembre de 1980 (en este ANUARIO, 1981, III, p. 898) y 26 de diciembre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, IV, pp. 1100-1101), que adoptan una solución semejante a la de la sentencia que anotamos, el artículo 1.593 del Código civil no exige que la autorización del propietario-comitente conste por escrito, apartándose de lo que afirmaba el artículo 1.534 del Proyecto de 1851 y el artículo 1.793 del Código civil francés.

Nos parece digno de destacar que, en el caso de la sentencia que anotamos, existía además una urgente necesidad de llevar a cabo determinadas obras para conjurar el deficiente estado de cimentación del inmueble. Parece evidente que estas obras, que fueron imprevisibles para el contratista al celebrarse el contrato de obra y establecerse el precio, puesto que fue el arquitecto quien señaló que debía reforzarse e incrementarse la cimentación proyectada, eran necesarias para la propia solidez del inmueble, por lo que es dudoso que hayan de ser tenidas en cuenta a los efectos del inciso final del artículo 1.593 del Código civil, solución que se infiere, a nuestro juicio, de su propio fundamento, señalado con claridad por GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1952, p. 485), al decir que la exigencia de la autorización escrita se justifica por el hecho de que «han sido muy graves y frecuentes los abusos de los arquitectos en esta materia, sobre pretexto de cambios y aumentos hechos en el plano...». Ciertamente, pensamos nosotros, el único medio que ten-

dría el comitente-propietario para imposibilitar la realización de tales obras, que no quedan al margen del contrato celebrado con el contratista por imperio de lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil, sería el desestimiento, aplicándose lógicamente el artículo 1.594 del Código civil, cuyo significado hemos expuesto al anotar las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1979 (en este ANUARIO, 1979, IV, pp. 948-949) y 15 de diciembre de 1981 (en este ANUARIO, 1982, III, pp. 953-955).

A. C. S.

53. *Documento auténtico a efectos de casación. Escrituras notariales.*—Deben considerarse documentos auténticos las escrituras notariales que muestran indubitada y fehacientemente que, al devenir el actor dueño de una planta del edificio, aparte de una proporción no discutida del solar, se ha creado una situación de copropiedad horizontal, la cual fue desconocida por la sentencia recurrida. (Sentencia de 4 de junio de 1982; ha lugar.)

54. *Interpretación de los contratos.*—Según reiterada Jurisprudencia la interpretación del contenido de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de Instancia y debe, por ende, ser respetada en casación, mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado con exégesis atentatorias a la letra y espíritu del mismo. (Sentencia de 5 de mayo de 1978; no ha lugar.)

55. *Calificación jurídica.*—Lo que hizo el juzgador fue dar una calificación jurídica del contrato, obtenida a través de la interpretación de los documentos en que se integra, que ha quedado incólume en casación, pues ni siquiera se intentó impugnar por la única vía posible del núm. 1 del artículo 1.692 de la L.E.C., con apoyo en alguna de las normas que a la hermenéutica contractual dedica el C. c. en los artículos 1.281 a 1.289. (Sentencia de 12 de mayo de 1978; no ha lugar.)

56. *Documento auténtico.*—Los documentos aportados por los contendientes e interpretados en su contenido y alcance por el organismo jurisdiccional, carecen de la nota de autenticidad a los fines de la casación.

Confesión.—La confesión no tiene eficacia demostrativa de superior rango a los restantes medios, sino que la integridad de lo probado es de la libre apreciación del Tribunal. (Sentencia de 30 de septiembre de 1978; no ha lugar.)

57. *Cuestión nueva.*—Lo es desde el momento que no fue alegada en la fase expositiva del juicio en cuestión, dada la situación de rebeldía con que en él se mostró el citado recurrente demandado, y no ser fases procesales adecuadas al respeto por extemporáneas, ni el trámite de conclusiones diligenciado por haber cesado tal situación de rebeldía, ni su alegación tardía en el recurso, en el que sólo cabe plantear cuestiones propuestas y discutidas adecuadamente en la «litis». (Sentencia de 25 de septiembre de 1978; no ha lugar.)

58. *Cláusula penal. La facultad judicial de moderación.*—Es constante la doctrina de esta Sala de que dicha facultad de moderar equitativamente la pena, cuando a su criterio la obligación principal ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (ex art. 1.154 C. c.), a lo que tanto vale el que en dicho irregular cumplimiento haya juzgado el comportamiento del acreedor, es exclusiva del Tribunal de Instancia e irrevisable en casación. (Sentencia de 6 de febrero de 1979; no ha lugar.)

59. *Cuestión nueva.*—Se trata de una cuestión nueva en cuanto que la pretensión reconventional de indemnización de daños y perjuicios formulada por la demandante-recurrente en la referida «litis» ha sido con base en la alegada infracción de contrato y ahora el motivo del recurso se basa en mera culpa que sirve de base a responsabilidad extracontractual.

Nexo causal y responsabilidad extracontractual.—La determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, de tal manera que ese preciso nexo no puede apreciarse, ni por tanto existe obligación de indemnizar, en el caso que en esa situación valorativa, que como de tal índole incumbe a la sala sentenciadora de instancia, se aprecie que el perjuicio que dice haber sufrido la recurrente no es necesariamente consecuencia directa del actuar de la entidad recurrida.

Error de derecho.—El error de derecho sólo se comete cuando se ha infringido un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley le concede por estar sometida la valoración probatoria a una norma preestablecida, en cuanto que supone la conculcación de un precepto legal que sea para el juzgador de obligado acatamiento. (Sentencia de 13 de octubre de 1978; no ha lugar.)

60. *Recurso de casación contra autos dictados en procesos de ejecución. Especialidades.*—El recurso de casación que autoriza el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una naturaleza especial, asemejándose por su contenido a un recurso de exceso de poder, pues en cualquiera de los dos casos en que es posible interponerlo, el error que puede invocarse envuelve, en el fondo, un exceso de poderes ejecutivos, por transgresión de los términos de la ejecutoria. En este recurso se hace necesario examinar comparativamente la parte dispositiva de la sentencia que se viene ejecutando y la resolución dictada en ejecución de ella, prosperando el recurso si existe contradicción entre ambos términos, que ha de afectar, simultáneamente, a sus factores cualitativo y cuantitativo. (Sentencia de 20 de octubre de 1982; ha lugar.)